

Proformaekteskap og familieinnvandring

En analyse av gjeldende regelverk mot proformaekteskap ved familieinnvandring

Kandidatnummer: 615

Veileder: Dr. juris Terje Einarsen

Leveringsfrist: 25. november 2008

Til sammen 17992 ord

16/11/2008

Innholdsfortegnelse

1 Innledning.....	1
1.1 Presentasjon av tema.....	1
1.2 Familieinnvandring, familiegjenforening og familieetablering.....	3
1.3 Fakta om familieinnvandring: Statistikk og tall.....	5
1.4 Rettskilder.....	7
1.5 Metode.....	10
1.6 Avgrensning.....	10
2 Proformaekteskap.....	12
2.1 Hva kjennetegner proformaekteskap ved familieinnvandring?.....	12
2.2 Ulike varianter av proformaekteskap ved familieinnvandring.....	13
2.3 Hvem gifter seg proforma?.....	16
2.4 Motivene for å inngå proformaekteskap.....	19
2.4.1 Referansepersonens motiv.....	19
2.4.2 Søkerens motiv - bosettingstillatelse.....	20
2.4.3 Særlig om tilbakekall av bosettingstillatelse.....	21
3 Ektefellers rett til familieinnvandring.....	22
3.1 Hvem har rett til familieinnvandring?.....	22
3.2 Vilkårene for familiegjenforening mellom ektefeller.....	23
3.2.1 Gyldig ekteskap mellom søker og referanseperson.....	23
3.2.1.1 Anerkjennelse av utenlandske ekteskap.....	23
3.2.1.2 Dokumentasjonskrav ved verifisering av partenes ID.....	25
3.2.2 Vilkåret om at «ektefellene skal bo sammen».....	26
3.2.3 «Realitet» i ekteskapet mellom søker og referanseperson.....	31
3.2.3.1 Realitetskravets rettslige forankring.....	32
3.2.4 Hjemmel mot proformaekteskap i den nye utlendingsloven.....	34
3.2.5 Avslagshjemmelens betydning.....	35
3.2.6 Krav til sikret underhold.....	35
3.2.7 Underholdskravets betydning for proformaekteskap.....	36
4 Beviskravet i proformasaker.....	38

4.1	Hvilke bevisregler gjelder i proformasaker?	38
4.1.1	Bevisbyrden i proformasaker	39
4.1.2	Beviskravet i proformasaker	40
4.2	Sentrale momenter i realitetsvurderingen	44
4.2.1	Partenes kontakt med hverandre før ekteskapsinngåelsen	46
4.2.2	Partenes kunnskap om hverandre	46
4.2.3	Høy aldersforskjell mellom partene	47
4.2.4	Partene har ikke felles språk	47
4.2.5	Ekteskapet fremstår som «atypisk»	47
4.2.6	Referansepersonens tidligere ekteskapelige historie	48
4.2.7	Tidligere avslag	48
5	Følgene av kosntatering av proformaekteskap ved familieinnvandring	49
5.1	Straff etter utlendingsloven	49
5.2	Straff etter straffeloven	50
5.3	Bortvisning eller utvisning fra riket	51
5.4	Folkerettslige begrensninger ved utvisning	53
5.5	Proformaekteskap og menneskehandel	55
6	Konklusjon	58

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema

Familieinnvandring er et av de mest utfordrende temaene i dagens innvandringspolitikk. De siste årene har familieinnvandringen til Norge økt kraftig, og utlendingsmyndighetene møter stadig nye utfordringer og problemstillinger knyttet til denne typen innvandring. Misbruk av bestemmelsene om familieinnvandring ved at det inngås proformaekteskap er et voksende problem, og i forbindelse med forberedelsen av den nye utlendingsloven er det blitt rettet mer fokus mot dette fenomenet enn noen gang tidligere.

Retten til å inngå ekteskap i Norge følger av Lov om ekteskap av 4. juli. Nr. 47. 1991. Ekteskapsloven er formet slik at når lovens vilkår er oppfylt, vil retten til å inngå ekteskap være ubetinget. Retten til å inngå ekteskap «forsterkes» dessuten av sentrale menneskerettighetsbestemmelser i Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon (EMK) art.12 og FNs konvensjon om Politiske og Sivile rettigheter (SP) art.23 nr.2. Både EMK og SP er inkorporert i norsk lov, jf. menneskerettsloven § 2. Det samme fremgår av ul. § 4, som regulerer forholdet mellom utlendingsloven og Norges internasjonale forpliktelser. At bestemmelsene er inkorporert i norsk lov betyr at konvensjonene er innlemmet i norsk lov og gjelder som norsk lov, og at de ligger på samme trinnhøyde som formelle lover.¹

Det følger av menneskerettsloven § 3 at EMK skal gå foran utlendingsloven eller andre lover når det er «motstrid» mellom disse. Faktum er imidlertid slik at det også i ul. § 4 er en forutsetning om at lovens bestemmelser skal settes til side når de er i strid med Norges internasjonale forpliktelser.² Det kan derfor spørres om menneskerettsloven § 3, som ble vedtatt lenge etter ul. § 4, tilføyer utlendingsloven noe mer enn det som allerede følger av

1 Ruud og Ulfstein (2002) s.36

2 Einarsen (2008) s.29

ul. § 4. Svaret på dette synes å være at menneskerettsloven § 3 uttrykkelig legger til grunn prinsippet om at norsk lov skal vike for Norges folkerettslige forpliktelser når det er motstrid mellom disse, noe som også gjelder etter ul. § 4, men som ikke følger direkte av dens ordlyd.

Det er Utlendingsdirektoratet (UDI) som avgjør søknader om familieinnvandring, jf. ul. § 6 åttende ledd, og en av UDIs hovedoppgaver er å hindre at bestemmelsene om familieinnvandring misbrukes ved at det inngås proformaekteskap. Bestemmelsene om familieinnvandring kan misbrukes på flere måter. Kravet til sikret bolig kan for eksempel bli forsøkt omgått ved at det inngås en fiktiv leiekontrakt, eller at kravet om sikret underhold omgås med falsk dokumentasjon på inntekt. For at UDI og skal kunne hindre proformaekteskap ved familieinnvandring på en rask og tilfredsstillende måte, er det avhengig av et tett samarbeid med politidistriktene, departementene og utenriksstasjonene. Et godt samarbeid mellom de ulike utlendingsmyndighetene er imperativt i kampen mot proformaekteskap ved familieinnvandring. Dette er også noe som UDIs Direktør Ida Børresen har gitt uttrykk for i en artikkel på UDI sine hjemmesider, der hun uttaler: «I proformasaker er vi helt avhengige av et godt og tett samarbeid med politiet og utenriksstasjonene. Dette gjelder både bekreftelser på faktiske forhold, som for eksempel at partene bor sammen i Norge, og undersøkelser av realiteten i ekteskapet».³ Utlendingsmyndighetenes samarbeid mot proformaekteskap har imidlertid ikke alltid vært like effektivt og konsekvent, noe som kommer til å gå nærmere inn på senere i fremstillingen.

Med «utlending» mener loven enhver person som ikke er nordisk statsborger, jf. ul. § 6 tredje ledd. Bakgrunnen for at nordiske statsborgere er unntatt fra kravet om arbeidstillatelse eller oppholdstillatelse, er «overenskomsten av 22. mai 1954 om felles nordisk arbeidsmarked».⁴ Nordiske statsborgere er således ikke omfattet av avhandlingen tema da de ikke trenger tillatelse for å kunne gjenforenes med herboende ektefelle.

3 <http://www.udi.no/templates/Page.aspx?id=9221> (lesedato 15.09.08)

4 Fisknes (1994) s.87, punkt 4.

Det er gjeldende regelverk som til enhver tid setter rammene rundt hva myndighetene kan foreta seg, spesielt når det dreier seg om tiltak som er av inngripende karakter, jf. også legalitetsprinsippet.⁵ I det følgende finner jeg det derfor nødvendig å gi en fremstilling av gjeldende regelverk mot proformaekteskap ved familieinnvandring. Hovedproblemstillingen er dermed hvordan gjeldende regelverk fungerer mot proformaekteskap ved familieinnvandring.

1.2 Familieinnvandring, familiegjenforening og familieetablering

Begrepet «familieinnvandring» er et samlebegrep på begrepene «familiegjenforening» og «familieetablering». I forarbeidene til den nye utlendingsloven tas begrepet i bruk av Utlendingslovutvalget⁶, som er oppnevnt ved kongelig resolusjon av 14. desember 2001. Forskjellen mellom disse to begrepene er nærmere redegjort for nedenfor.

Utlendingslovutvalget deler søknader om arbeids- eller oppholdstillatelse i Norge i familiegjenforeningsøyemed i to ulike kategorier, avhengig av partenes kontakt med hverandre før søknadstidpunktet. Den første kategorien er de tilfellene hvor det søkes om en tillatelse i familiegjenforening med et «familiemedlem som er bosatt eller skal bosette seg her», og den andre kategorien omfatter tilfeller hvor «søkeren nylig har inngått ekteskap med en ektefelle som er bosatt eller skal bosette seg i Norge, og hvor partene ønsker å etablere et faktisk samliv i Norge uten at dette allerede er etablert».⁷ Verken gjeldende utlendingslov eller utlendingsforskrift opererer med et uttrykkelig skille mellom disse to kategoriene, og i praksis er det vanlig at begge kategoriene omtales som «familiegjenforening».⁸

Når det gjelder den nye utlendingsloven, uttaler lovutvalget at loven bør markere et skille mellom «de reelle gjenforeningstilfellene og de tilfellene som gjelder søknad om opphold

⁵ Eckhoff og Smith (2003) s.309

⁶ NOU 2004:20 s.213

⁷ NOU 2004:20 s.212

⁸ Einarsen (2008) s.51

for å etablere et samliv med en ny ektefelle.»⁹ Med utgangspunkt i et slikt skille foreslår Utvalget følgende terminologi ved innføringen av den nye utlendingsloven:

«Familiegjenforening: 1) Oppholdstillatelse på grunnlag av familierelasjon som er etablert gjennom fødsel eller adopsjon til en person som er bosatt eller skal bosette seg i Norge. 2) Oppholdstillatelse på grunnlag av ekteskap med eller samboerforhod til en referansepersone som er bosatt eller skal bosette seg i Norge, dersom partene tidligere har levd i husstandfellesskap av en viss varighet.

Familieetablering: Oppholdstillatelse for ektefelle til en referansepersone som er bosatt eller skal bosette seg i Norge, når partene ikke tidligere har levd i husstandfellesskap av en viss varighet.»¹⁰

Dette skillet fremgår nå implisitt av den nye utlendingsloven § 39: «Med referansepersone menes i denne loven den personen som søkeren ønsker å bli gjenforent med eller å etablere familieliv med.» Det som er interessant i denne sammenhengen er at bestemmelsen skiller klart mellom tilfellene «gjenforening» og «etablering», slik disse er redegjort for ovenfor.

Det kan spørres hva som er hensikten med å operere med et skille mellom familiegjenforening og familieetablering. Tilsynelatende virker det som om hensikten med et slikt skille er statistiske hensyn; Ved å skille mellom familiegjenforening og familieetablering kan myndighetene føre statistisk kontroll med den demografiske utviklingen i innvandringen til Norge, noe som langsiktig sett er nødvendig for å forme og utvikle en bærekraftig og dynamisk innvandringspolitikk. Statistiske hensyn for å skille mellom begrepene er også nevnt av Utlendingslovutvalget.¹¹ Det er med andre ord innvandringspolitiske hensyn som taler for at det opereres med et slikt skille. Har skillet mellom familiegjenforening og familieetablering imidlertid noen juridisk egeninteresse, og har et skille mellom disse to begrepene noen betydning for hvordan gjeldende regelverk

9 NOU 2004:20 s.212

10 NOU 2004:20 s.213

11 Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s.180

fungerer mot proformaekteskap ved familieinnvandring?

Utlendingslovutvalget uttaler at ut fra et rettighetsperspektiv berører retten til familiegjengenforening «en mer tungtveiende interesse enn retten til familieetablering», og Norges internasjonale forpliktelser brukes som eksempel på å markere den juridiske betydningen av et slikt skille. Argumentet går ut på at Norges internasjonale forpliktelser har større tyngde «når det gjelder adgangen til å sette vilkår for familiegjengenforening enn når det gjelder adgangen til å stille vilkår for opphold i etableringstilfellene».¹² Eksemplet med Norges folkerettslige forpliktelser er også fremhevet av Einarsen.¹³

Betydningen av skillet mellom begrepene fremgår videre av Utvalgets uttalelser i forarbeidene til den nye utlendingsloven, der de største utfordringene ved misbruk av bestemmelsene om familieinnvandring med hjelp av proformaekteskap knyttes til familieetableringstilfellene. Utvalget uttaler således at «flere av de konkrete utfordringene man i dag står overfor når det gjelder retten til opphold for familiemedlemmer, utelukkende eller i hovedsak relaterer seg til familieetableringstilfellene», og at dette særlig gjelder «problemer knyttet til omgåelse av de innvandringsregulerende bestemmelsene gjennom inngåelse av proformaekteskap».¹⁴

1.3 Fakta om familieinnvandring: Statistikk og tall

Familieinnvandrere utgjør den største gruppen av innvandrere som kommer til Norge. Statistikken viser at antallet utlendinger som årlig innvilges en familieinnvandringstillatelse har økt kraftig de siste 15 årene. I 1994 var det således 2894 utlendinger som ble innvilget familieinnvandringstillatelser¹⁵, mens det i 2007 totalt ble innvilget 17900 familieinnvandringstillatelser.¹⁶

¹² NOU 2004:20 s.212

¹³ Einarsen (2008) s.51

¹⁴ NOU 2004:20 s.212

¹⁵ Se tabell 8.1 i NOU 2004:20 s.202 og tabell 9.1 i Ot.prp.nr.75 s.178

¹⁶ «Tall og fakta 2007» Utlendingsdirektoratet s.9

I følge UDIs årsrapport fra 2007, har den stadig økende familieinnvandringen en sterk relasjon til den økte arbeidsinnvandringen til Norge de siste årene, særlig etter at de baltiske landene og Polen ble medlemmer av EU.¹⁷ Tall fra UDI viser for eksempel at 17 prosent av alle familieinnvandringstillatelser i 2007 ble gitt til polske statsborgere, mot 12 prosent av alle slike tillatelser i 2006. Dette tilsvarer en økning fra 1700 tillatelser i 2006 til 3300 tillatelser for polske arbeidere i 2007. I 2005 ble 22 prosent av alle familieinnvandringstillatelser gitt til familiemedlemmer av arbeidsinnvandrere, mens andelen steg til 45 prosent av alle slike tillatelser i 2007.¹⁸

Hittil i år har det kommet 15629 familieinnvandrere til Norge, som tilsvarer en gjennomsnitt på 1737 familieinnvandrere hver måned; tallene gjelder for perioden januar-september 2008, og viser at om lag 50 prosent av alle familieinnvandrerne kommer fra Europa, mens 26 prosent av disse kommer fra Asia. Den tredje største og tallemessig signifikante gruppen av familieinnvandrere kommer fra Afrika, og utgjør av 13 prosent av den totale massen familieinnvandrere til Norge hittil i år.¹⁹ Om antallet familieinnvandrere til Norge holder seg på dette nivået også i det siste kvartalet av 2008, kan resultatet resultatet nærmere 20000 familieinnvandrere i 2008 til sammen.²⁰

Et viktig spørsmål i forbindelse med proformaekteskap ved familieinnvandring, er hvor mange saker som årlig blir avslått på grunn av at utlendingsmyndighetene konstaterer at det foreligger proformaekteskap, og hvilken gruppe av søkere dette fenomenet gjør seg mest gjeldende hos. I en nettartikkel på UDIs hjemmesider publisert den 25.04.08, opplyses det om at 150 søknader om familieinnvandring ble avslått på grunnlag av proformaekteskap i 2007, og at 46 søknader har blitt avslått på grunn av proforma ekteskap så langt i år – det vil si frem til april 2008.²¹ Tallene sier derimot ikke noe om hvem referansepersonene er,

17 «Tall og fakta 2007» Utlendingsdirektoratet s.9

18 «Tall og fakta 2007» Utlendingsdirektoratet s.9

19 [nettartikkelhttp://www.udi.no/templates/Statistikk.aspx?id=9178](http://www.udi.no/templates/Statistikk.aspx?id=9178) (lesedato 07.11.08)

20 Egen estimering

21 <http://www.udi.no/templates/Page.aspx?id=9221> (lesedato 28.09.08)

om disse er norske eller nordiske statsborgere, eller om de er utlendinger med tillatelse som danner grunnlag for familieinnvandring. Tallene sier heller ikke noe om hvilke land søkerne er fra.

Det fremgår imidlertid av en artikkel på UDI sine nettsider publisert 04.04.08, at de 150 søknadene om familieinnvandring som ble avslått på grunnlag av proformaekteskap i 2007, gjelder 30 forskjellige land, og at «Tyrkia, Pakistan, Vietnam og Marokko har en relativt høyt antall familieinnvandringssøknader som ble avslått på grunn av proforma.»²² Det kan spørres hvorfor disse tre landene er betydelig overrepresentert i proformasaker. Asyltilstrømningen til Norge fra disse tre landene ikke er stor²³, slik at det med rimelig grad av sikkerhet kan konstateres at det ikke er asylsøkere som utgjør flesteparten av proformasakene. Noe av årsaken til dette er at asylsøkere ikke har hatt tid til å etablere seg i Norge. Referansepersoner fra de tre landene som nevnes i artikkelen er imidlertid godt etablerte i det norske samfunnet, noe som skyldes at det har vært en lang historie med innvandring til Norge fra disse tre landene. Av denne grunn kan det derfor tenkes at proformaekteskap forekommer hyppigst blant minoritetsgrupper fra disse tre landene.

1.4 Rettskilder

1. Utlendingsloven

Retten til arbeids- eller oppholdstillatelse i Norge i forbindelse med familieinnvandring er forankret i lov av 24. juni nr. 64 1988 om «utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)». Formålet med utlendingsloven er i følge lovens § 2 første ledd at den «skal gi grunnlag for kontroll med inn- og utreise og med utlendingers opphold i riket i samsvar med norsk innvandringspolitikk». Videre fremgår det av ul. § 5 første ledd at «Stortinget godkjenner hovedprinsippene for regulering av innvandringen». Utlendingsloven er dermed «dynamisk i forhold til det som Regjering og Storting fastsetter er norsk innvandringspolitikk.»²⁴

22 <http://www.udi.no/templates/Page.aspx?id=9187> (lesedato 05.11.08)

23 «Tall og fakta 2007» Utlendingsdirektoratet s.16-19

24 Bunæs (2004) s.39

Det er viktig å nevne at Stortinget har vedtatt en ny utlendingslov som er ventet å tre i kraft i 2010, og at gjeldende utlendingslov vil opphøre å eksistere når den nye utlendingsloven trer i kraft. Den nye utlendingsloven er i hovedsak en videreføring av den gjeldende utlendingsloven. En nyvinning med den nye utlendingsloven er en egen hjemmel mot proformaekteskap, jf. ny utlendingslov § 40 fjerde ledd. Beviskravet fremgår også uttrykkelig av denne bestemmelsen, jf. førstvoterendes uttalelser i Rt.2006 s.1657.²⁵ Også vilkåret om at ektefellene «skal bo sammen» fremgår av en egen bestemmelse i den nye utlendingsloven, jf. § 40 tredje ledd. Den nye utlendingsloven er dermed en viktig rettskilde ved tolkingen av bestemmelsene i den gjeldende utlendingsloven, som ikke har noen uttrykkelig bestemmelse mot proformaekteskap.

2. Utlendingsforskriften

«Forskrift om utlendingers adgang til riket og deres og deres opphold her (utlendingsforskriften)» er praktisk sett den viktigste rettskilden for utlendingsforvaltningen i behandlingen av søknader om familieinnvandring.

Utlendingsforskriften er gitt av Arbeids- og Inkluderingsdepartementet (AID) med hjemmel i utlendingsloven § 5 annet ledd, en fullmaktsbestemmelse som overlater reguleringen av innvandringen til Kongen i Statsråd. I kraft av sin instruksjonsmyndighet og tildelte lovgivningskompetanse har Kongen i Statsråd overlatt utferdigelsen av og revideringer i utlendingsforskriften til AID. Denne delegerte lovgivningskompetansen illustrerer hvordan innvandringspolitiske holdninger i departementet kan ha en direkte effekt på utlendingsretten og på utarbeidelsen av og endringer av bestemmelser i utlendingsforskriften; Utlendingsloven eller bestemmelser i denne kan bare endres eller oppheves av Stortinget, jf. Grl. § 75 første ledd bokstav a, mens bestemmelser i utlendingsforskriften kan endres eller oppheves av regjeringen eller AID. De ulike bestemmelsene i utlendingsforskriften er dermed direkte uttrykk for den innvandringspolitikken som Regjeringen ønsker å føre, og Regjeringens

²⁵ Les mer om denne dommen i kap. 4.1.1 og 4.1.2

innvandringspolitiske linje er vanligvis i takt med Stortingets. Det er likevel slik at bestemmelser i utlendingsforskriften ikke kan endres til å være i strid med bestemmelser i Utlendingsloven, jf. Lex Superior prinsippet.

3. Forvaltningspraksis

UDI er underlagt Arbeids- og Inkluderingsdepartementet (AID), og UDIs praksis vil derfor i stor grad fremgå av retningslinjer fastsatt i rundskriv utarbeidet av AID. UDI vil føle seg forpliktet til å følge disse retningslinjene, da dette følger av AID sin instruksjonsmyndighet overfor underliggende forvaltningsorganer. Det kan diskuteres om UDI juridisk sett er bundet av AID sin tolking av utlendingsregelverket, eller om AID sin tolking bare er veiledende for UDI. Det riktige standpunktet vil være å hevde at AID sin tolking av utlendingsregelverket bare er veiledende for UDI, og ikke bindende. Det som er bindende for UDI er det som følger direkte av utlendingsregelverket. UDI vil imidlertid føle seg forpliktet til å følge AID sin tolking av regelverket.

I tillegg til rundskrivene utgir UDI interne meldinger. Innholdet i de interne meldingene kan få betydning i forhold til hvordan vilkårene i relevante bestemmelser skal tolkes. Det er gitt ut flere rundskriv, interne meldinger og høringsuttalelser fra UDI med direkte forproformaekteskap ved familieinnvandring.

4. Andre lover

I tillegg til utlendingsloven er det en rekke andre lover som har betydning for problemer knyttet til proformaekteskap ved familieinnvandring. Relevante bestemmelser i straffeloven er § 166, § 167, § 182, § 270 jf. § 271 og § 333. Også enkelte bestemmelser i ekteskapsloven er relevante for problemer knyttet til proformaekteskap ved familieinnvandring. Jeg går inn på de ulike lovene i den grad de gjør seg gjeldende.

5. Rettspraksis og praksis fra Utlendingsnemda

Det foreligger underrettsdommer om tema, samt en sentral Høyesterettsdom som tar for seg beviskravet ved proformavurderingen. Det er også en del praksis i Utlendingsnemda (UNE)

som omhandler tema.

6. Forarbeider

Av gjeldende utlendingslovs forbeider kan nevnes Ot.prp.nr.46 (1986-1987) «Om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)». Proformaekteskap ved familieinnvandring er imidlertid lite drøftet i forarbeidene til gjeldende utlendingslov. Forarbeidene til den nye utlendingsloven, Ot.prp.nr.75 (2006-2007) «om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)» og NOU 2004:20 «Ny utlendingslov», redegjør derimot mye for gjeldende rett når det gjelder proformaekteskap ved familieinnvandring. Det kan derfor være hensiktsmessig å ta utgangspunkt i en del av de uttalelsene om tema som fremgår av disse når det redegjøres for gjeldende regelverk mot proformaekteskap ved familieinnvandring.

1.5 Metode

Avhandlingens hovedproblemstilling er hvordan gjeldende regelverk fungerer mot proformaekteskap ved familieinnvandring. Det er en begrenset mengde med juridisk materiale som direkte angår dette tema er begrenset. I hovedsak er det forarbeidene til den nye utlendingsloven, rettspraksis og lovverket som utgjør den vesentligste delen av rettskildebruken i avhandlingen. Under fremstillingen av proformavurderingen og beviskravet kommer jeg til å bruke en del rettsavgjørelser, inkludert UNE-vedtak. Dessuten kommer jeg til å bruke en del instruks og rundskriv som omhandler tolkingen av forskriftsbestemmelsene for familieinnvandring. Avis- og nettartikler som omhandler tema anvendes også der disse gjør seg relevante.

1.6 Avgrensning

Avhandlingen omfatter de klare «ektefellelgjenforeningene», det vil si der partene har inngått ekteskap med hverandre før det søkes om familieinnvandring. Registrerte partnere omfattes imidlertid også av drøftelsen, jf. uf. § 23 første ledd bokstav a siste punktum.

Jeg har valgt å avgrense avhandlingen mot bestemmelser i utlendingsforskriften som åpner for familieinnvandring for samboere, jf. uf. § 23 første ledd bokstav a og § 24 første ledd bokstav b. Det kan godt tenkes at disse bestemmelsene blir misbrukt ved hjelp av proforma-samboerskap, slik at søker får arbeids- eller oppholdstillatelse i Norge på falske grunnlag. Et proforma-samboerskap er med andre ord et samboerskap eller et «samliv» der «formålet med samlivet er å oppnå en oppholdstillatelse.».²⁶ Årsaken til at problemer knyttet til proforma-samboerskap ikke omhandles av avhandlingen, er at dette fenomenet skiller seg noe fra de tradisjonelle problemene som oppstår i forbindelse med proformaekteskap ved familieinnvandring, selv om de to fenomenene har en del grunnleggende til felles. Problemer knyttet til proforma-samboerskap inviterer således til særskilte drøftelser om dette som det ikke vil være plass til i avhandlingen.

Andre grunnlag for familieinnvandring enn de rene ektefellegjenforeningene og de tilfellene som gjelder for registrerte partnere, faller derfor utenfor oppgavens tema. Det er imidlertid viktig å presisere at såkalte «forlovertillatelser» etter uf. § 24 første ledd bokstav a omfattes av proformaproblematikken, da slike tillatelser gis til personer som akter å inngå ekteskap i riket.

Videre er det proformaekteskap i familieetableringstilfellene som er mest aktuell for fremstillingen av avhandlingens tema. Jeg anvender imidlertid begrepet «familieinnvandring» om begrepene «familiegjenforening» og «familieetablering», og skiller ikke mellom disse begrepene med mindre det gjør seg nødvendig.

Innvandrere som innvilges tillatelse i forbindelse med familieinnvandring må i utgangspunktet ikke blandes med utlendinger som innvilges tillatelse med det formål å utføre arbeid i Norge. Sistnevnte gruppe er kjent som «arbeidsinnvandrere» og faller således utenfor den gruppen av innvandrere som innvilges arbeids- og oppholdstillatelse på grunnlag av familieinnvandring.²⁷

²⁶ Einarsen (2005) s.107

²⁷ NOU 2004:20 s.184

Arbeidsinnvandrere kan imidlertid søke arbeids- eller oppholdstillatelse i familiegjenforeningsøyemed med en referanseperson i Norge, for eksempel ved at en polsk arbeider inngår ekteskap med en nordmann. Familiemedlemmer til arbeidsinnvandrere kan også søke familiegjenforening med en arbeidsinnvandrers til Norge, dersom arbeidsinnvandrersens tillatelse gir grunnlag for det. Arbeidsinnvandrere vil derfor også omfattes av proforma-problematikken, siden retten til familieinnvandring også gjelder for arbeidsinnvandrers ektefeller.

2 Proformaekteskap

2.1 Hva kjennetegner proformaekteskap ved familieinnvandring?

«Pro forma» er et latinsk ord som på norsk kan oversettes til «for formens skyld». Gjeldende utlendingslov eller utlendingsforskrift inneholder ingen bestemmelser som regulerer eller definerer proformaekteskap, og fenomenet er forholdsvis lite drøftet i forarbeidene til gjeldende utlendingslov, noe som skyldes at det ikke forelå noen betydningsfulle empiriske studier av dette fenomenet da loven ble utredet.

Selv om det i forarbeidene til gjeldende utlendingslov er viet forholdsvis lite oppmerksomhet til problemer knyttet til proformaekteskap ved familieinnvandring, fremgår det uttrykkelig av den at proformaekteskap ikke skal danne grunnlag for familieinnvandring. Det fremgår således av Ot.prp.nr.46, kap.2.6.1.1, 4. avsnitt s.61 om at:

«Det er muligheten for å utøve et familieliv og beskyttelsen av retten til dette som er årsaken til at ekteskap med en som er bosatt i landet gir grunnlag for oppholdstillatelse [...] *Et gyldig inngått ekteskap vil derfor ikke gi grunnlag for oppholdstillatelse hvis det ikke er noen realitet i det.*²⁸

28 Min kursivering

I forarbeidene til den nye utlendingsloven er proformaekteskap videre definert som et ekteskap «hvor ekteskapet er helt uten faktisk realitet og er inngått kun med det formål å omgå lovregler om innvandring.».²⁹

I medhold av uttalelsene i forarbeidene kan proformaekteskap ved familieinnvandring dermed kunne defineres som gyldig inngåtte ekteskap der ekteskapet mangler «realitet». At ekteskapet er uten «realitet» betyr at hensikten med ekteskapet er å oppnå et mål som ligger utenfor selve ekteskapet, slik at ekteskapet reduseres til middel til å oppnå dette målet. Formålet med å inngå proformaekteskapet er på grunnlag av dette å oppnå arbeids- eller oppholdstillatelse i Norge.

2.2 Ulike varianter av proformaekteskap ved familieinnvandring

Både forarbeidene til dagens utlendingslov og forarbeidene til den nye utlendingsloven gir eksempler på ulike typer proformaekteskap i forbindelse med familieinnvandring. Disse eksemplene er imidlertid ikke uttømmende. Forarbeidene til gjeldende utlendingslov nevner således bare eksempler som «ekteskap som er inngått under trusler, ved utnyttelse av en av partenes godtroenhet og mot betaling [...] av idealistiske grunner eller [...] for å gjøre den som vil ha oppholdstillatelse en vennetjeneste».³⁰ Forarbeidene til den nye loven er mer ekspletiv og gir flere spesifikke eksempler på proformaekteskap ved familieinnvandring.

Et eksempel etter forarbeidene til den nye utlendingsloven er proformaekteskap mellom «en asylsøker og en part som er bosatt i Norge».³¹ Før jeg gir en nærmere redegjørelse for dette eksempelet, gjør jeg oppmerksom på at denne typen proformaekteskap ikke forekommer så hyppig, da de fleste asylsøkere ikke har ektefelle i landet som det kan søkes familiegjenforening med. I det følgende vil drøftelsen av denne typen proformaekteskap

29 NOU 2004:20 s.226

30 Ot.prp.nr.46 (1986-1987) s.61

31 NOU 2004:20 s.227

derfor stort sett være hypotetisk, da den sjelden forekommer i praksis.

Hovedregelen er at første gangs arbeidstillatelse må være gitt før innreise til Norge, jf. ul. § 6 femte og syvende ledd, jf. uf. § 10 første ledd. Det er imidlertid ulogisk og upraktisk å kreve at en asylsøker reiser tilbake til hjemlandet sitt for å kunne søke om familieinnvandring. Ul. § 6 syvende ledd annet punktum, jf. uf. § 10 annet ledd bokstav e, åpner derfor for at asylsøkere kan fremme søknad om familieinnvandring mens de oppholder seg i riket, jf. uf. §§ 23 første ledd bokstav a og b. Bakgrunnen for denne varianten av proformaekteskap kan være at asylsøkeren ser dette som en siste utvei på å få arbeids- eller oppholdstillatelse i Norge, og dermed ikke risikere å bli sendt tilbake til hjemlandet dersom asylsøknaden skulle avslås.

En annet eksempel på proformaekteskap som kan inngås asylsøkere er de tilfellene der asylsøkeren får avslag på asylsøknaden sin, og der denne heller ikke er vernet mot tilbakesendelse til hjemlandet etter ul. § 15 første ledd, jf. ul. § 8 annet ledd jf. uf. § 21 første ledd. På grunn av frykten for tilbakesendelse til hjemlandet på grunn av avslag på asylsøknaden, kan asylsøkeren inngå proformaekteskap med den hensikt å få arbeids- eller oppholdstillatelse i Norge. Disse asylsøkerne er ellers pliktige til å returnere til sine respektive hjemland når avslaget på asylsøknaden er et faktum.³² For en utlending som har brukt betydelige ressurser på å komme seg til Norge vil det være vanskelig å akseptere avslaget på asylsøknaden for deretter å måtte returnere til sitt hjemland. Dermed er det mulig at eks-asylanten inngår proformaekteskap for å kunne bli i Norge. Et eksempel fra rettspraksis på denne varianten av proformaekteskap er LB-2007-52903. Saken dreier seg om en tyrkisk asylsøker som inngikk ekteskap med en norsk statsborger bare en måned etter at han fikk avslag på asylsøknaden sin. Like etter at partene inngikk ekteskap søkte de om familiegjenforening, og UDI avslo søknaden på det grunnlag at ekteskapet ble ansett for å mangle realitet. Vedtaket ble klaget inn til UNE som opprettholdt UDIs vedtak. Saken ble deretter anket til Oslo tingrett, som frikjente UNE. Videre ble saken anket til Lagmannsretten, som kom frem til samme resultat som tingretten og stadfestet tingrettens

³² Bunæs (2004) s.202

dom. Det faktum at partene inngikk ekteskap like etter avslaget på asylsøknaden, var bare ett av flere momenter som førte til at ekteskapet deres ble ansett for å mangle realitet. Det er også av interesse å nevne at Lagmannsretten ikke la avgjørende vekt på forholdene rundt ekteskapsinngåelsen ved spørsmålet om ekteskapet mellom partene var reelt. Retten vurderte således også om det forelå nok bevis for at ekteskapet mellom partene var reelt når UNE fattet vedtak i saken, ett og et halvt år etter at UDI fattet sitt vedtak. At det kan ha betydning for realitetsvurderingen at partenes forhold til hverandre endrer seg fra det tidspunkt når søknaden blir avslått i UDI og frem til det tidspunkt når UNE fatter vedtak i klagesaken, er videre lagt til grunn av dommer Øie i Rt.2006 s.1657³³, der han uttaler: «Jeg er enig med førstvoterende i at forholdene rundt selve ekteskapsinngåelsen kan tyde på at As hovedformål med å inngå ekteskap var å oppnå oppholds- og arbeidstillatelse i Norge. Disse omstendighetene [...] kan imidlertid etter mitt syn ikke uten videre være utslagsgivende dersom forholdene har endret seg i ettertid. Avgjørende må være om det er ført tilstrekkelig bevis for at ekteskapet ikke var reelt da Utlendingsnemda traff sitt vedtak 5. desember 2003.».

Med dette kan det legges til grunn at et proformaekteskap kan «repareres» ved at forholdet mellom proformaektefellene utvikler seg til å bli et samliv som oppfyller lovens krav om at det skal være realitet i ekteskapet mellom partene.

En ytterligere variant av proformaekteskap ved familieinnvandring som er nevnt i forarbeidene til den nye utlendingsloven, er de tilfellene der utlendingen gis en midlertidig tillatelse til å komme til Norge for å besøke familiemedlemmer, og etter ankomsten til Norge inngår proformaekteskap. I disse tilfellene arter alternativene seg slik at det enten er utlendingen selv som har funnet en proformaektefelle etter sin ankomst til Norge, eller at det er utlendingens familiemedlemmer som har funnet en proformaektefelle for utlendingen, enten før eller etter dennes ankomst til Norge. Disse eksemplene viser hvordan «gjeldende rettighetsbestemmelser utnyttes for omgåelse av de

³³ Les mer om denne dommen i kap. 4.1.1 om «bevisbyrden i proformasaker»

innvandringsregulerende bestemmelsene i proformasammenheng».³⁴

Et fjerde eksempel på proformaekteskap ved familieinnvandring er de tilfellene «hvor søkeren oppholder seg i hjemlandet, men får opprettet kontakt med referansepersonen gjennom slektninger i Norge, eller har fått kontakt med vedkommende i hjemlandet.»³⁵

Et eksempel på denne typen proformaekteskap kan tenkes å være når norske statsborgere med utenlandsk bakgrunn, eller utlendinger med en tillatelse som gir grunnlag for familieinnvandring, inngår proformaekteskap med en nær eller fjern slektning eller en bekjent som bor i foreldrenes eller besteforeldrenes hjemland.

De forskjellige eksemplene på ulike typer av proformaekteskap som er nevnt ovenfor, er på ingen måte uttømmende. Eksemplene bidrar heller ikke til å forklare hvilken gruppe av innvandrere som er mest tilbøyelig til å inngå proformaekteskap. Oppfatningen er imidlertid slik at personer som kommer fra land som ikke har noen nevneverdig grad av arbeidsinnvanderere og asylsøkere til Norge, som er mest tilbøyelig til å inngå proformaekteskap.

2.3 Hvem gifter seg proforma?

Proformaekteskap ved familieinnvandring innebærer som nevnt ulovlig omgåelse av reglene om familieinnvandring, og valget av å bevisst inngå et ekteskap der hovedformålet med ekteskapet er å skaffe søkeren arbeids- eller oppholdstillatelse i Norge, er i utgangspunktet ikke betinget av en persons etniske, religiøse, kulturelle eller geografiske tilhørighet. Selv om det er en kjennsgjerning at proformaekteskap i familieinnvandring er mer utbredt hos enkelte grupper enn hos andre, er det slik dette fenomenet forekommer i alle folkegrupper fra alle sosiale lag. Spørsmålet om *hvem* som gifter seg proforma ved familieinnvandring må på bakgrunn av dette forklares i sammenheng med spørsmålet om *hvorfor* enkelte velger å gifte seg proforma ved familieinnvandring. Spørsmålet om hvorfor

34 NOU 2004:20 s.227

35 NOU 2004:20 s.227

proformaekteskap inngås ved familieinnvandring vil med andre ord være med på å forklare hvem som velger å gifte seg proforma.

Hvem som helst kan av hvilke som helst grunner inngå proformaekteskap, uansett kjønn, alder, kulturell eller etnisk tilhørighet. Enkelte personer med visse karakteristiske trekk er imidlertid mer utsatt for mistanke om proformaketskap fra utlendingsmyndighetenes side i saker om familieinnvandring. Bakgrunnen for utlendingsmyndighetenes skepsis til enkelte grupper av personer skyldes deres erfaring med at antallet proformasaker knyttet til personer som innehar disse karakteristikaene, er flere enn hos andre grupper. Utlendingsmyndighetenes risikovurdering knytter seg ikke bare til søkerens eller referansepersonens karakteristika, men også til det land de opprinnelig er fra. Som et eksempel på dette anser utlendingsmyndighetene sannsynligheten for inngåelsen av proformaekteskap som betraktelig større i saker om familieinnvandring mellom marokkanere og norsk-marokkanere, enn i saker om familieinnvandring mellom borgere av andre land, for eksempel EØS-land. Bakgrunnen for dette er at utlendingsmyndighetene har en lang erfaring med tilfeller av proformaekteskap mellom marokkanere og norsk-marokkanere i forbindelse med saker om familieinnvandring.

Utlendingsmyndighetenes forskjellsbehandling av personer i saker om familieinnvandring på grunnlag av deres personlige bakgrunn og nasjonalitet bør imidlertid ikke oppfattes som urimelig eller diskriminerende, for denne forskjellsbehandlingen skyldes ikke annet enn det faktum at proformaekteskap forekommer langt hyppigere i saker om familieinnvandring for søkere fra enkelte land sammenlignet med søkere fra andre land, og da det er et av utlendingsmyndighetenes fremste oppgaver å forhindre ulovlig omgåelse av utlendingsloven ved proformaekteskap, slik dette har kommet til uttrykk i forarbeidene³⁶, er det naturlig at søkelyset rettes mot saker om familieinnvandring fra land som rent erfaringsmessig bruker å ha et større innslag av proformaekteskap enn saker fra andre land.

36 Jf. Ot.prp.nr.46 (1986-1987) s.61 4.avsnitt, der departementet uttaler at proformaekteskap ved familieinnvandring er «noe en må søke å motvirke.»

Et eksempel på at utlendingsmyndighetene er mer skeptiske mot enkelte land i forbindelse med risikoen på at det foreligger proformaekteskap, er Ambassadør Arne Aasheim sitt krasse brev av 12.03.06 til UDI. I dette brevet kritiserer ambassadøren, som i den tid var Norges ambassadør til Marokko, UDI for å være ukritiske når de innvilger søknader om familiegjenforening mellom ektefeller etter at ambassaden har advart dem om at de har sterke mistanker om at ekteskapet mangler realitet. I et etterfølgende brev til UDI omtaler ambassadøren videre at samarbeidet mellom UDI og ambassadene i kampen mot proformaekteskap ved familieinnvandring er «patetisk». Brevene fra Norges ambassadør til Marokko er således også et uttrykk for hvor viktig det interne samarbeidet mellom de ulike utlendingsmyndighetene er i deres kamp mot proformaekteskap.³⁷

Det er imidlertid ikke bare ambassaden i Marokko som har gitt uttrykk for frustrasjon over ambassadenes og UDI sin felles innsats mot proformaekteskap ved familieinnvandring. Av artikkelen fra dagsavisens nettutgave, datert 15.05.06, fremgår det således at den norske ambassadøren til Vietnam bekrefter at ambassaden har problemer med proformaekteskap, og at UDI gjør lite med dette.³⁸

Med utgangspunkt i de brevene fra ambassadene som er nevnt ovenfor, uttaler statssekretær Libe Riebe-Mohn at AID ønsker å begrense «stadig misbruk av familiegjenforeningsreglene i Norge», og at Regjeringen derfor vil «klargjøre punkter som skal sjekkes før man godkjenner gjensforening». Resultatet av ambassadebrevene og AIDs etterfølgende tiltak som følge av brevene er AI-2006-008 «Instruks for å hindre familiesameining på grunnlag av proformaekteskap». Instruksen skal først og fremst brukes av saksbehandlerne i UDI og ellers av andre i utlendingsforvaltningen ved behandlingen av saker om familiegjenforening mellom ektefeller der det er mistanke om proformaekteskap. Hensikten med instruksen er å skape enhetlig praksis ved proformavurdreingen.

En annen følge av denne prosessen er at AID har instruert UDI om å informere AID om

37 <http://www.dagsavisen.no/innenriks/article266919.ece> (lesedato 07.10.08)

38 <http://www.dagsavisen.no/innenriks/article266919.ece> (lesedato 07.10.08)

«enkeltsaker hvor utenriksstasjoner mener at UDI har lagt til grunn en prinsipiell feil forståelse av proformabegreper i forbindelse med saker om familieinnvandring.».³⁹ UDIs informasjonsplikt er en forlengelse av den rapporteringsrutine som gjaldt fra 06.09.06 til 01.08.08, og gjelder frem til 31.12.08.

2.4 Motivene for å inngå proformaekteskap

2.4.1 Referansepersonens motiv

Det er flere ulike grunner til at referansepersoner velger å inngå proformaekteskap ved familieinnvandring. Et viktig skille går mellom de såkalte «idealistiske» proformaekteskapene og de «økonomiske» proformaekteskapene. Et proformaekteskap som er motivert av idealistiske holdninger skyldes i følge sosiolog Pål Hagesæther enten referansepersonens politiske overbevisning eller dennes ønske av å «hjelp en spesiell person som de mener har blitt feilbehandlet i systemet».⁴⁰ Hagesæther sier at en referanseperson som inngår proformaekteskap på bakgrunn av sine politiske overbevisninger, «er typisk på venstresiden politisk», og at hovedgrunnen for at denne velger å inngå proformaekteskap med en utlending skyldes referansepersonens misnøye med en innvandringspolitikk som oppfattes som pedantisk og urettferdig. Proformaekteskap med en utlending som er motivert av referansepersonens politisk idealisme betegnes dermed som «en politisk handling».⁴¹

Når det gjelder referansepersoner som inngår proformaekteskap med den hensikt å hjelpe noen, vil ikke referansepersonens politiske preferanser være med på å motivere denne handlingen. I disse tilfellene er referansepersonens politiske holdninger irrelevante, og det er dennes personlige forhold til utlendingen som er avgjørende for referansepersonen velger å inngå proformaekteskap med utlendingen. Et par eksempler på denne formen for proformaekteskap er i følge forarbeidene til den nye utlendingsloven de tilfellene der

³⁹ AID-2008-07-16

⁴⁰ <http://kilden.forskningsradet.no/c17251/artikkel/vis.html?tid=24478>

⁴¹ <http://kilden.forskningsradet.no/c17251/artikkel/vis.html?tid=24478>

referansepersonen gifter seg proforma med en utlending for å gjøre denne en «vennetjeneste», eller når referansepersonen gifter seg proforma med en slektning i hjemlandet for at slektningen skal få kunne komme til Norge. Et annet eksempel på proformaekteskap som er motivert av referansepersonens ønske om å hjelpe en utlending, er i følge forarbeidene såkalte «sympati-ekteskap», eksempelvis der referansepersonen gifter seg med en asylsøker som har fått avslag på asylsøknaden.⁴²

I de tilfellene der økonomisk vinning motiverer proformaekteskap er det derimot referansepersonens ønske om å tjene penger som er dennes hovedmotivasjon for å gifte seg proforma. Et eksempel på denne formen for proformaekteskap er i følge forarbeidene de tilfeller der det «betales penger for ekteskapet til den parten som er bosatt i Norge».⁴³ Praksis viser at denne formen for proformaekteskap ved familieinnvandring ikke er uvanlig, og det finnes eksempler på at det er betalt uvanlig store penger for proformaekteskap.

2.4.2 Søkerens motiv - bosettingstillatelse

Ved å inngå proformaekteskap ønsker søkeren i første omgang å oppå arbeids- eller oppholdstillatelse etter bestemmelsene om familieinnvandring. Utlendingens fremste formål med å inngå proformaekteskap er å oppnå bosettingstillatelse. Vilåårene for bosettingstillatelse fremgår av ul. § 12, jf. uf. §§ 43-49. Av hensyn til ordbegrensningen i avhandlingen går jeg ikke nærmere inn på vilåårene for innvilgelse av bosettingstillatelse, og begrenser meg bare til å nevne hvilke konsekvenser en bosettingstillatelse har for utlendingen. Bosettingstillatelse er en rettighetsbestemmelse, slik at utlendingen vil ha krav på dette når vilåårene for det er oppfylt.⁴⁴

Bosettingstillatelse innebærer at utlendingen får rett til permanent opphold og arbeid i Norge, ul. § 12 annet ledd første punktum jf. uf. § 46 annet ledd. Samtidig gir det

⁴² NOU 2004:20 s.227

⁴³ NOU 2004:20 s.227

⁴⁴ Bunæs (2004) s.185

utlendingen en utvidet vern mot bortvisning og utvisning, ul. § 12 annet ledd annet punktum jf. uf. § 46 tredje ledd. Utlendingen vil samtidig kunne skille seg fra sin proformaektefelle uten at bosettingstillatelsen går tapt. Dersom partene skiller seg like etter at utlendingen har fått bosettingstillatelse, kan dette derfor være et moment som taler for at ekteskapet deres manglet realitet.⁴⁵

2.4.3 Særlig om tilbakekall av bosettingstillatelse

Hjemmel for tilbakekall av tillatelser til borgere av land utenfor EØS og EFTA er ul. § 13, jf. uf. § 43 siste ledd. Hjemmel for tilbakekall av tillatelser gitt til borgere av EØS- og EFTA-land er derimot ul. § 56.⁴⁶ EØS-borgere som får tillatelse etter ul. Kap. 8, har imidlertid ikke rett til bosettingstillatelse⁴⁷, slik at det ikke kan bli tale om tilbakekall av bosettingstillatelse for EØS-borgere. Drøftelsen om tilbakekall av bosettingstillatelser omfatter dermed ikke denne gruppen.

Etter bestemmelsen i ul. § 13 kan en bosettingstillatelse «tilbakekalles dersom utlendingen i søknaden mot bedre vitende har gitt uriktige opplysninger eller fortiet forhold av vesentlig betydning for vedtaket eller dersom det for øvrig følger av alminnelige forvaltningsrettslige regler.».⁴⁸ Bunæs (1994) uttaler på side 197 at «Tilbakekallsadgangen benyttes i praksis ofte når det avdekkes at utlendingen har gitt uriktige opplysninger eller fortiet forhold av vesentlig betydning for vedtaket.».

45 Se kap.4.2 der også andre momenter som taler for at ekteskapet mangler realitet er nevnt

46 Fisknes (1994) s.151

47 Fisknes (1994) s.144

48 Bunæs (2004) s.197

3 Ektefellers rett til familieinnvandring

3.1 Hvem har rett til familieinnvandring?

Retten til familieinnvandring følger av ul. § 9 første ledd. Etter denne bestemmelsen har «de nærmeste familiemedlemmene til norsk eller nordisk borger som er bosatt i riket eller til utlending som har eller får lovlig opphold i riket med arbeidstillatelse eller oppholdstillatelse uten begrensninger, [...] etter søknad rett til arbeidstillatelse eller oppholdstillatelse dersom det ikke foreligger omstendigheter som nevnt i §8 første ledd nr.3. Som hovedregel må underholdet være sikret. Kongen kan gi nærmere regler ved forskrift.»

Retten til familieinnvandring er med dette forbeholdt «de nærmeste familiemedlemmene» til norske og nordiske statsborgere og utlendinger som har lovlig opphold i Norge med en tillatelse som danner grunnlag for familieinnvandring. For familiemedlemmene til borgere av EØS- og EFTA-land som har oppholdstillatelse i Norge etter ul. § 50 jf. uf. §§ 174-178, følger retten til familieinnvandring av ul. § 52, jf. uf. §§ 179 og 180. Retten til familieinnvandring er altså slik å forstå at den er uløselig knyttet til referansepersonens tillatelse.⁴⁹ Dersom referansepersonen har en oppholds- eller arbeidstillatelse som gir grunnlag for familiegjengeforening, vil dennes «nærmeste familiemedlemmer» derfor ha *et rettslig krav*⁵⁰ på arbeids- eller oppholdstillatelse.

Utlendingsloven § 9 fjerde ledd er en fullmaktsbestemmelse som gir myndighetene adgang til å fastsette hvem som til enhver tid skal omfattes av den personkretsen som skal ha rett til familieinnvandring etter ul. § 9 første ledd. Reguleringen av personkretsen som har «rett» til familieinnvandring etter ul. § 9 første ledd, fremgår således av utlendingsforskriften § 23, jf. § 22. Utlendingsloven § 9 må derfor ses i sammenheng med utlendingsforskriften §§ 22-23.

⁴⁹ Bunæs (2004) s.153

⁵⁰ Ot.prp.nr.46 (1986-1987) s.54 jf. NOU 1983:47

3.2 Vilåårene for familieqjenforening mellom ektefeller

Retten til arbeids- eller oppholdstillatelse i familieqjenforeningsøyemed mellom ektefeller følger som nevnt av ul. § 9, jf. uf. § 22 første ledd jf. uf. § 23 første ledd bokstav a. For at en utenlandsk ektefelle skal få rett til arbeids- eller oppholdstillatelse i familieqjenforening med herboende ektefelle, er det flere vilåår som må være oppfylt. I det følgende redegjør jeg for disse vilåårene, og vurderer betydningen av dem i forhold til proformaekteskap ved familieinnvandring.

3.2.1 Gyldig ekteskap mellom søker og referanseperson

En ubetinget forutsetning for at søker skal få rett til arbeids- eller oppholdstillatelse i familieqjenforening etter uf. § 23 første ledd bokstav a, er at det foreligger et gyldig inngått ekteskap mellom partene.

Det er også viktig å nevne at det av uf. § 23 første ledd bokstav a siste punktum fremgår at de bestemmelser i utlendingsforskriften som gjelder for ektefeller og ekteskap, også gjelder for registrerte partnere i medhold av lov om registrert partnerskap, jf. partnl. § 3 annet ledd. Av hensyn til oppgavens omfang går jeg imidlertid ikke nærmere inn på vilåårene for registrerte partnerskap.

3.2.1.1 Anerkjennelse av utenlandske ekteskap

Det er et vilåår for familieinnvandring etter uf. § 23 første ledd bokstav a at ekteskapet mellom søkeren og referansepersonen er gyldig. Dersom ekteskapet er inngått i Norge, vil det være en enkel oppgave for utlendingsmyndighetene å verifisere ekteskapet mellom partene. I de fleste saker om familieinnvandring er ekteskapet imidlertid inngått i utlandet, og utlendingsmyndighetene stiller strenge krav til dokumentasjonen av utenlandske ekteskap i saker om familieinnvandring. Hvor strenge kravene er, avhenger imidlertid av hvor ekteskapet er inngått. Dersom det dreier seg om ekteskap inngått i vestlige land, som for eksempel Australia, England, Frankrike, New Zealand, Sør Afrika eller USA, anser

utlendingsmyndighetene de fremlagte dokumentene som ekte og legger disse til grunn som bekreftelse på at søker og referanseperson er ektefeller, med mindre det er konkrete holdepunkter for å anta det motsatte, for eksempel ved tydelige tegn på at dokumentene er eller kan være forfalsket.

Hvis det derimot dreier seg om ekteskap inngått i tredjeland, som for eksempel Pakistan, India, Irak eller Tyrkia, kreves det i utgangspunktet mer enn bare ekteskapskontrakten og en oversettelse av denne for at ekteskapet skal legges til grunn for å være gyldig. Dokumenter fra disse og andre u-land som bekrefter at det er inngått ekteskap mellom partene, er med andre ord i seg selv ikke tilstrekkelig for å legge til grunn at ekteskapet er gyldig og reelt. Bakgrunnen for dette er at dokumenter fra u-land lett kan forfalskes og at de faktisk i stor grad forfalskes. For søkere fra enkelte land krever utlendingsmyndighetene derfor noe mer enn bare formelle ekteskapsdokumenter for at ekteskapet skal legges til grunn for å være gyldig og reelt.

Det kan også hende at partene ikke fremlegger noen dokumenter som bekrefter at de er ektefeller, for eksempel ved at de ikke har noen mulighet til å fremskaffe slike dokumenter. Tilfeller som dette er ikke uvanlig i saker om familiegjennforening mellom ektefeller fra Afghanistan. Saken er uansett slik at det i de tilfellene der partene ikke har mulighet til å fremlegge dokumentasjon på inngått ekteskap og i de tilfellene der partene fremlegger en ekteskapskontrakt som det ikke er notoritet over, er vanlig at utlendingsmyndighetene legger vekt på andre opplysninger som enten taler for eller i mot at ekteskapet mellom søkeren og referansepersonen er gyldig og reell. I saker der partene har felles barn gir for eksempel UDI partene tilbud om DNA-test for å slå fast den oppgitte familierelasjonen. Dersom DNA-analysen viser at partene er de biologiske foreldrene til barnet, er dette i følge UDIs praksis et avgjørende moment for at den oppgitte familierelasjonen er korrekt, det vil si at det med grunnlag i dette legges til grunn at ekteskapet mellom partene er gyldig og reelt.

Risikoen for proformaekteskap ved familieinnvandring er betydelig større i saker der

søkeren er fra et tredjeland, og i land som for eksempel Irak er det allerede nevnt at det er vanlig med dokumentforfalskning i stor skala. De strenge kravene som utlendingsmyndighetene stiller til dokumenter fra «risikoområder» - Asia, Midt-Østen og Afrika – er derfor et viktig ledd i kampen mot proformaekteskap ved familieinnvandring.

3.2.1.2 Dokumentasjonskrav ved verifisering av partenes ID

En forutsetning for at søknader om arbeids- eller oppholdstillatelse i familiegjennforeningsøyemed skal kunne innvilges, er at søkers og referansepersonens identitet bekreftes. I utgangspunktet er bekreftede kopier av søkers og referansepersonens pass og reisebevis tilstrekkelige for at utlendingsmyndighetene skal kunne verifisere identiteten deres. I enkelte tilfeller er derimot bekreftede kopier av søkers pass ikke tilstrekkelig for at myndighetene kan verifisere identiteten til søkeren. Et eksempel på dette er somaliske pass, som utlendingsmyndighetene ikke godkjenner som gyldig reisedokument for innreise til Norge dersom passet er utstedt eller fornyet etter 21.01.91. Bakgrunnen for dette er vilkåret i utlendingsforskriften § 96 om at «pass (nasjonalitetspass) skal være utstedt av kompetent myndighet» for at den skal være gyldig for innreise til Norge, et vilkår som ikke er oppfylt i sammenheng med de ovenfor nevnte somaliske passene da det ikke har eksistert noen fungerende sentralmyndighet i Somalia siden januar 1991.⁵¹

Et viktig spørsmål i forbindelse med myndighetenes anerkjennelse av utenlandske ekteskap og verifisering av partenes ID i forbindelse med familieinnvandring, er hva som er hjemmelen for at utlendingsmyndighetene kan stille strengere krav til dokumenter fra enkelte land i forhold til andre land. Riktignok er det slik at når utlendingsmyndighetene skal vurdere om vilkårene for familieinnvandring er oppfylt, er utgangspunktet at det kan foreta en fri bevisvurdering av de foreliggende dokumenter, noe som taler for at det kan stille noenlunde ulike krav til forskjellige typer dokumenter.

51 RS-1996-009

Faktum er imidlertid at et slikt forsterket dokumentasjonskrav som myndighetene praktiserer for borgere av enkelte land, ikke følger uttrykkelig av utlendingslovens eller utlendingsforskriftens bestemmelser om familieinnvandring. De strenge kravene som myndighetene stiller til borgere av enkelte land kan derfor fremtre som en slags tilleggsvilkår i tillegg til de vilkårene som allerede følger av loven og forskriften, på den måte at det «oppstår» nye regler som ikke følger av selve loven. Mulighetene er der for at slike tilleggsvilkår kan komme i strid med bestemmelsene i Grundloven §75 a jf. §§ 76-79 om Stortingets lovgivningskompetanse, selv om mulighetene for en slik motstrid tilsynelatende er av ren teoretisk art.

3.2.2 Vilkåret om at «ektefellene skal bo sammen»

Et ytterligere vilkår for familiegjensforening mellom ektefeller er at «ektefellene skal bo sammen» i den perioden tillatelsen blir gitt for, jf. uf. § 23 første ledd bokstav a, tredje punktum. I kravet til at «ektefellene skal bo sammen» ligger det en forutsetning om at ekteskapet skal fremstå som reelt.⁵² Dette vilkåret bidrar derfor i stor grad til å sikre at ekteskapet mellom søkeren og referansepersonen er reelt.⁵³

I denne sammenhengen kan de spørres hvilke krav det stilles til ektefellenes samliv for at kravet til at «ektefellene skal bo sammen» skal anses for å være oppfylt. Verken utlendingsloven, utlendingsforskriften eller forarbeidene til gjeldende utlendingslov gir holdepunkter for hvordan dette vilkåret skal tolkes. Forarbeidene til den nye utlendingsloven sier heller ikke mer enn at «Utlendingsforskriften § 23 første ledd bokstav a oppstiller et vilkår om at partene skal bo sammen.»⁵⁴

Tar man utgangspunkt i ordlyden til vilkåret, kan det tolkes på vidt forskjellige måter, strengt så vel strengt som liberalt. En mulig tolking av vilkåret er at partene fysisk sett må bo sammen i samme bopel i den perioden tillatelsen blir gitt for for at vilkåret skal anses

⁵² UNEvedtak-2001-10-24

⁵³ Bunæs (2004) s.153

⁵⁴ NOU 2004:20 s.226

for å være oppfylt. Bakgrunnen for en slik streng tolking av vilkåret er at det i størst mulig grad sperrer for proformaekteskap når det er et absolutt krav til at partene fysisk sett bor sammen i den perioden tillatelsen blir gitt for. Hadde det vært slik at partene hadde hatt frihet til å leve adskilt i lengre perioder under tillatelsesperioden, ville vilkåret ha mistet sin betydning som et effektivt hinder mot proformaekteskap. En slik rigid og konsekvent tolking av vilkåret vil imidlertid være for pedantisk, for som jeg skal vise til senere i fremstillingen, er det forholdsvis store rom for å gjøre unntak fra dette vilkåret eller å gi det en mer romslig tolking slik at det er rom for variasjoner i partenes samliv.

Det kan i det hele tatt diskuteres om problemet dreier seg om å konstatere hvilke tilfeller det kan gjøres unntak for fra dette vilkåret, eller om problemet egentlig dreier seg hvor rammen går for hva som skal tillates av variasjoner i samliv når det skal vurderes om dette vilkåret er oppfylt. En unntaksbestemmelse vil etter min mening i sin tradisjonelle, juridiske betydning gjøre unntak fra ett eller flere vilkår i en eller flere bestemmelser. En slik bestemmelse i lovverket som gjør uttrykkelig unntak fra vilkåret om at «ektefellene skal bo sammen», eksisterer ikke, og det mest nærliggende og juridisk korrekte vil derfor være å legge til grunn at vilkåret om at «ektefelle skal bo sammen» enten er oppfylt, eller ikke. Når det i forarbeidene til den nye utlendingsloven redegjøres for tilfeller der det bør kunne gjøres «unntak» fra dette vilkåret, forstår jeg derfor dette slik at vilkåret bør gis en mer åpen tolking i de tilfeller der dette gjør seg hensiktsmessig, på den måte at vilkåret anses for å være oppfylt selv om forholdet ikke går inn under ordlyden.

Et moment som taler for at kravet om at «ektefellene skal bo sammen» tolkes strengt, er departementets uttalelser i Ot.prp.nr.75 (2006-2007) om at «bestemmelsen må tolkes restriktivt. Som utgangspunkt bør det ikke godtas at partene lever på forskjellige adresser som følge av skolegang eller jobb, heller ikke i tilfeller hvor det anføres at den ene parten ukependler.» Denne uttalelsen er gitt i anledning med innføringen av vilkåret om at «ektefellene skal bo sammen» i den nye utlendingslovens § 40 fjerde ledd. Bestemmelsens fjerde ledd sier at «Med mindre særskilte omstendigheter tilsier noe annet, er det et vilkår at ektefellene skal bo sammen.».

Et annet moment som taler for at kravet til at «ektefellene skal bo sammen» tolkes strengt, er departementets uttalelser i Ot.prp.nr.46 (1986-1987) s.61 om at reglene om familieinnvandring og retten til denne har sitt grunnlag i myndighetenes folkerettsligeplikt til å beskytte retten til «*familieliv*». ⁵⁵ Forarbeidene redegjør imidlertid ikke for hva som ligger i begrepet «*familieliv*» i forbindelse med kravet om at «ektefellene skal bo sammen». Bunæs (1994) sier derimot at «Utlendingslovens utgangspunkt er at norske/vestlige normer for ekteskapsinngåelse skal legges til grunn. Tillatelse skal ikke gis dersom dette vil medføre at ekteskapsordninger strider mot grunnleggende rettsprinsipper i Norge, eksempelvis barneekteskap, tvangsekteskap og polygami, blir etablert her.». ⁵⁶ Bunæs (1994) sin uttalelse taler dermed også for at vilkåret skal tolkes strengt, for etter vestlige ekteskapstradisjoner er det jo vanlig at ektefellene bor sammen under samme tak, driver felles husholdning, deler samme seng osv.

De tolkingsmomentene som jeg har redegjort for ovenfor taler som sagt for at vilkåret om at «ektefellene skal bo sammen» tolkes strengt, på den måte at partene forutsettes å bo sammen i hele den perioden tillatelsen gis for. Men er vilkåret å forstå slik at det alltid er et absolutt krav om at partene fysisk sett bor sammen under hele tillatelsesperioden, eller er det mulig å foreta en mer romslig tolking av vilkåret, slik at det er rom for variasjoner i samlivet mellom partene?

Om dette sier Bunæs (1994) at «i den grad utlendingsloven åpner for skjønn, kan det tas hensyn til kulturelle variasjoner av mindre grunnleggende art. Forutsetningen er at skjønnet utøves i henhold til saklighetskravet i forvaltningsretten.». ⁵⁷ Et slikt rom for «skjønn» som Bunæs taler om, er det åpnet for etter den nye utlendingsloven § 40 fjerde ledd. Etter denne bestemmelsen kan det gjøres unntak fra kravet om at «ektefellene skal bo sammen» når «særskilte omstendigheter tilsier noe annet». I forarbeidene til den nye utlendingsloven har departementet således uttalt at «ordlyden bør åpne for unntak fra dette vilkåret.», det vil si

⁵⁵ Min utheving

⁵⁶ Bunæs (2004) s.153

⁵⁷ Bunæs (2004) s.153

fra vilkåret om at «ektefellene skal bo sammen».⁵⁸

Eksempler på tilfeller som åpner for å gjøre «unntak» fra kravet om at «ektefellene skal bo sammen», er blant annet nevnt i forbeidene til den nye utlendingsloven. Av forarbeidene til den nye loven fremgår det at det bør kunne gjøres «unntak» fra kravet om at «ektefellene skal bo sammen» i «tilfeller hvor referansepersonen skal arbeide for norske interesser eller for en humanitær organisasjon i utlandet», og i tilfeller der «partene er mye atskilt som følge av at den ene parten har arbeid i Nordsjøen eller lignende.».⁵⁹ Med utgangspunkt i disse uttalelsene kan det legges til grunn at det er muligheter for å gjøre unntak fra kravet om at «ektefellene skal bo sammen», eller riktigere sagt at tilfeller som dette skal omfattes av vilkåret om at «ektefellene skal bo sammen». Adgangen til å kunne gjøre «unntak» fra kravet om at «ektefellene skal bo sammen» svekker imidlertid utlendingsmyndighetenes muligheter til å avsløre proformaekteskap, for det at partene ikke bor sammen er ellers et moment som taler sterkt for at ekteskapet deres ikke har noe realitet.

I dagens samfunn er det ikke uvanlig at det er store avstander mellom personers yrkessted og hjemsted, og det er heller ikke uvanlig at jobben krever at en tilbringer store deler av året i utlandet som representant for det selskapet man jobber i. Derfor er det ikke uvanlig at ektefeller ikke ser hverandre i flere dager i enkelte perioder av året på grunn av forpliktelser i jobben. For disse tilfellene er det derfor hensiktsmessig å tolke vilkåret om at «ektefellene skal bo sammen» forholdsvis liberalt. Dersom bestemmelsen hadde blitt tolket så pedantisk at det absolutt ikke hadde vært rom for variasjoner i samliv eller unntak, kunne den blant annet ha fått den uheldige konsekvensen at den hadde påvirket enkeltindividers valg av yrkeskarriere på en utilsiktet måte. Hensikten med kravet om at ektefellene «skal bo sammen» er hovedsakelig å forhindre proformaekteskap, ikke å påvirke valg av yrkeskarriere. Et «unntak» fra dette vilkåret eller tillatelse av store variasjoner i partenes samliv uten at dette anses for å være i strid med vilkåret, innebærer derfor et stort skår i utlendingsmyndighetenes arbeid med å avsløre proformaekteskap.

58 Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s.189

59 Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s.189

Et ytterligere eksempel på et tilfelle som bør kunne sies å være innenfor rammen av vilkåret om at «ektefellene skal bo sammen», eller som taler for at det bør kunne gjøres unntak fra dette vilkåret, er de tilfellene der en av partene blir livstruende syk eller skadet og må tilbringe lengre perioder i sykehus. I slike tilfeller taler reelle hensyn for at det vil være urimelig å kreve at «ektefellene bor sammen». Sykdom og ulykke er en naturlig del av livet, og kan komme uventet for alle og enhver. Det at en av ektefellene blir nødt til å tilbringe lengre perioder i sykehus i anledning behandling for sykdom, bør derfor ikke føre til at utlendingen mister sin arbeids- eller oppholdstillatelse på grunn av at partene fysisk sett ikke bor sammen.

UNE sin tolking av begrepet «familieliv» i forbindelse med kravet om at ektefellene «skal bo sammen», er også forholdsvis liberal. I UNEvedtak-2001-10-24 redegjør Nemda for hvordan begrepet «familieliv» skal forstås: «Når det gjelder hva som ligger i begrepet familieliv kan det ikke stilles opp bestemte krav. Her må det være rom for individuelle variasjoner, og det er ikke nødvendigvis et krav om ektefellene må være forelsket, ønsker å få barn eller deler felles interesser.».

Videre fremgår det av forarbeidene til den nye utlendingsloven at vilkåret om at partene «skal bo sammen» ikke innebærer noe krav om at partene har hatt et samliv forut for ekteskapet for at vilkåret skal være oppfylt.⁶⁰ Det avgjørende for om vilkåret er oppfylt eller ikke, er om partene kommer til å bo sammen *etter* inngåelsen av ekteskapet.

Når utlendingsmyndighetene behandler første gangs søknad om arbeids- eller oppholdstillatelse etter uf.§23 første ledd bokstav a, er det i utgangspunktet en veldig vanskelig oppgave for myndighetene å foreta en fremtidsrettet vurdering av om partene akter å «bo sammen». Et vanlig ledd i søknadsprosessen ved saker om familiegjeningforening er at søkeren og referansepersonen blir tatt inn til intervju, der de blant annet blir spurt om de skal bo sammen når søkeren kommer til Norge. Dersom det av intervjuet fremgår at partene ikke skal bo sammen, vil søknaden bli avslått alene på dette grunnlag, og

⁶⁰ Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s.186

utlendingsmyndighetene vil derfor ikke behøve å gå inn på en proformavurdering. Parter som utnytter rettighetsbestemmelsene for familiegjening mellom ektefeller ved å inngå proformaekteskap og på denne måten velger å omgå de innvandringsregulerende bestemmelsene, vil i et intervju opplyse at de skal bo sammen, selv om de i virkeligheten ikke kommer til å bo sammen når søkeren kommer til Norge. Utlendingsmyndighetene kan derfor vanskelig avsløre proformaekteskap ved første gangs søknader i forhold til vurderingen av vilkåret om at partene «skal bo sammen». Situasjonen ved første gangs søknader er dermed slik at myndighetene må, med mindre det foreligger konkrete holdepunkter for at søkeren og referansepersonen ikke har til hensikt å bo sammen, legge til grunn at vilkåret om at partene «skal bo sammen» er oppfylt og således innvilge søknaden, forutsatt at de andre vilkårene for innvilgelse er oppfylt.

Ved søknad om fornyelse av en tillatelse vil utlendingsmyndighetenes vurdering av om vilkåret om at «ektefellene skal bo sammen» er oppfylt eller ikke, derimot spille en sentral rolle ved proformavurdreingen. Årsaken til dette er at det vanligvis er i fornyelsestilfellene at utlendingsmyndighetene blir kjent med om ektefellene har hatt felles bopel og om de i det hele tatt har bodd sammen under den perioden tillatelsen ble gitt for.⁶¹ I fornyelsestilfellene kan det imidlertid ofte være vanskelig for utlendingsmyndighetene å bevise at partene ikke har bodd sammen. Bakgrunnen for dette er at det ikke er uvanlig at parter som inngår proformaekteskap arrangerer bevis for at de har bodd sammen under tillatelsesperioden.⁶²

3.2.3 «Realitet» i ekteskapet mellom søker og referanseperson

I tillegg til vilkåret om at ekteskapet mellom partene er lovlig inngått og gyldig, er det et vilkår om at det er realitet i ekteskapet mellom partene. At det er realitet i ekteskapet mellom partene betyr at ekteskapet ikke er inngått kun med det formål å gi søkeren arbeids- eller oppholdstillatelse i Norge.

61 Fisknes (1994) s.117

62 Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s.186.

Vilkåret om at ekteskapet mellom partene må være gyldig og vilkåret om at ekteskapet mellom partene må være reelt, er to innbyrdes uavhengige vilkår. At et ekteskap er inngått proforma innebærer ikke at ekteskapet samtidig er ugyldig. Proformaekteskap i seg selv er ikke forbudt etter norsk rett, og et ekteskap som er i samsvar med ekteskapslovens regler om ekteskapsinngåelse er fullt ut gyldig, selv om ekteskapet mangler realitet. At et proformaekteskap som oppfyller ekteskapslovens krav til ekteskapsinngåelse ikke er ulovlig, er også lagt til grunn av annenvoterende i Rt.1926 s.426. Saken gjaldt en norsk mann som mot betaling hadde inngått proformaekteskap med en russisk kvinne slik at hun skulle få norsk statsborgerskap. Påtalemyndigheten hadde nedlagt påstand om at ekteskapet mellom partene må kjennes ugyldig da det var inngått proforma. Om dette uttaler annenvoterende at når «ekteskapet først [er] lovlig stiftet, intræder retsvirkningen i seg selv uten hensyn til partenes vilje [...] jeg kan ikke forstaa andet end, at det vil være at sætte domstolen i lovgivningens sted, om domstolen kjender det mellem de indstevnte i fuldt lovlige former indgaatte ekteskap ugyldig. Jeg voterer derfor for, at det erklæres gyldig.». Et ekteskap som oppfyller de formelle kravene til ekteskapsinngåelse er etter annenvoterendes vurdering dermed å anse som et gyldig ekteskap, selv om ekteskapet mangler realitet.

Om lovligheten av proformaekteskap har Statssekretær Libe Rieber-Mohn i en artikkel fra Aftenposten Magasinet videre uttalt at «Proformaekteskap er ulovlig og negativ for samfunnet som helhet og for norsk innvandringspolitikk.»⁶³. Men som jeg har redegjort for ovenfor, er ikke proformaekteskap i seg selv ulovlig. Et proformaekteskap er et gyldig ekteskap. Det som imidlertid er ulovlig i forbindelse med proformaekteskap, er de tilfeller dette brukes «kun med det formål å omgå lovregler om innvandring.»⁶⁴

3.2.3.1 Realitetskravets rettslige forankring

Ul. § 9 er en rettighetsbestemmelse som gir de som oppfyller lovens vilkår rett til arbeids-

63 Aftenposten Magasinet, «Proformaekteskap er ikke forbudt», s.23

64 NOU 2004:20 s.226

eller oppholdstillatelse i familieegjenforeningsøyemed. I tillegg til de vilkårene som fremgår uttrykkelig av loven, stilles det som nevnt et krav om at ekteskapet mellom partene er reelt. At det er et krav om realitet i ekteskapet mellom partene, er det ingen tvil om. Dette vilkåret er lagt til grunn i fast og langvarig rettspraksis.

Det kan imidlertid diskuteres hva som er den rettslige forankringen av dette vilkåret. Er det slik at vilkåret skal tolkes inn i kravet om at ektefellene «skal bo sammen», eller om det er et vilkår for seg selv, ved siden av vilkåret om at ektefellene «skal bo sammen»?

Det som er klart er at realitetskravet fremgår verken uttrykkelig av utlendingsloven eller av utlendingsforskriften. I forarbeidene til den nye utlendingsloven står det imidlertid at «Utlendingsforskriften §23 første ledd bokstav a oppstiller et vilkår om at partene skal bo sammen. Videre vil det være adgang til å avslå oppholdstillatelse dersom ekteskapet er inngått proforma [...] Hjemmelen for å avslå i slike tilfeller anses å følge av sedvanerettslige proformabetraktninger.».⁶⁵ Som hjemmel for å avslå i slike tilfeller viser forarbeidene videre til Ot.prp.nr.46 (1986-1987) s.61, der det står at «Det er muligheten til å utøve et familieliv og beskyttelsen av retten til dette som er årsaken til at ekteskap med en som er bosatt i landet gir grunnlag for oppholdstillatelse [...] Et gyldig inngått ekteskap vil derfor ikke gi grunnlag for oppholdstillatelse hvis det ikke er noen realitet i det.» Det samme fremgår av forarbeidene til den nye loven, jf. Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s.186 om at «Dersom ekteskapet er inngått proforma, kan oppholdstillatelse avslås i medhold av sedvanerettslige proformabetraktninger, jf. også uttalelser i tilknytning til § 9 i gjeldende lov i Ot.prp. nr. 46 (1986-1987) s. 61»⁶⁶. At realitetskravet fremgår av forarbeidene til loven, er videre lagt til grunn i AID sin instruks til UDI av 13.09.06, der det av denne fremgår at «familiesameining [kan] bli avslått om ekteskapet er proforma. Dette følger av ei tolking av utlendingslova § 9 i lys av forarbeida til lova, og av forvaltnings- og rettspraksis.».⁶⁷

65 NOU 2004:20 s.226

66 Min utheving

67 AI-2006-008

Når en ser uttalelsene i NOU 2004:20 s.226 og Ot.prp.nr.46 (1986-1987) s.61 i sammenheng, faller det en naturlig å tolke vilkåret om realitet i ekteskapet mellom partene som et krav ut over vilkåret om at ektefellene «skal bo sammen»⁶⁸, slik at en søknad om familieinnvandring kan avslås dersom det ikke er realitet i ekteskapet mellom partene, selv om partene i faktisk henseende bor sammen.

En slik forståelse av realitetskravet er lagt til grunn i et av Justisdepartementets (JD) svarbrev til Sivilombudsmannen (SO). Foranledningen til brevet var en avgjørelse om oppholdstillatelse som hadde blitt avslått på grunnlag av at ekteskapet ble ansett for å mangle realitet. SO ba JD om å «redegjøre nærmere for det formelle grunnlaget for avgjørelsen, og da særlig i lys av at utlendingsloven § 9 og utlendingsforskriften § 22 og § 23 ikke åpner rom for skjønn, men etablerer en rett til oppholdstillatelse for ektefeller som oppfyller de positive vilkår i regelverket».⁶⁹ JDs svar til SO var at vedtaket «ble forankret i [...] bestemmelsens krav om at ektefellene skal bo sammen. Ut fra forarbeidenes diskusjon omkring proformaekteskap, er det lagt til grunn at det her ikke er snakk om et hvilket som helst bofellesskap, men om et ekteskapelig samliv. Dersom det i en konkret sak er tilstrekkelige holdepunkter for å legge til grunn at ekteskapsinngåelsen er proforma, vil det derfor etter departementets oppfatning ikke ha noen selvstendig betydning at partene bor, eller opplyser at de akter å bo, på samme adresse.»⁷⁰ Det er verdt å nevne at selv om spørsmålet ikke var avklart den gangen, har Høyesterett i Rt.2006 s.1657 forutsatt dette og lagt dette til grunn.

3.2.4 Hjemmel mot proformaekteskap i den nye utlendingsloven

I den nye utlendingsloven er det en egen bestemmelse som gir utlendingsmyndighetene adgang til å nekte arbeids- eller oppholdstillatelse «dersom det fremstår som mest sannsynlig at det hovedsakelige forsmålet med inngåelsen av ekteskapet har vært å etablere

⁶⁸ Myhrer (2006) s.110

⁶⁹ Somb-1993-20 gjengitt i Myhrer (2006) s.110

⁷⁰ Myhrer (2006) s.110

et grunnlag for opphold i riket for søkeren», jf. ny utlendingslov § 40 fjerde ledd. Bestemmelsen i den nye utlendingsloven innebærer en kodifisering av gjeldende hjemmel for avslå søknad om familieinnvandring på grunn av proformaekteskap.

3.2.5 Avslagshjemmelens betydning

Et særlig spørsmål er hvilken betydning det har at det i den nye utlendingsloven er inntatt en bestemmelse som gir utlendingsmyndighetene adgang til å avslå søknader om familieinnvandring når det foreligger proformaekteskap, jf. §40 fjerde ledd. I følge forarbeidene til den nye utlendingsloven er hovedhensikten med den nye bestemmelsen å avklare de bevismessige utfordringer som erfaringsmessig er knyttet til proformavurderingen.⁷¹ Den nye bestemmelsen er formet etter den danske ul. § 9 stk.9, som «favner videre enn både vilkåret om at partene skal bo sammen og vilkåret om at ekteskapet ikke rammes av sedvanerettslige proformaregler.»⁷² Etter den danske loven er det således tilstrekkelig å fastlå at arbeids- eller oppholstillatelse har vært «det afgørende formål» med ekteskapsinngåelsen for å kunne nekte tillatelse.

Det kan også tenkes at en uttrykkelig bestemmelse mot proformaekteskap ved familieinnvandring vil ha en preventiv effekt, spesielt i de tilfeller der referansepersonen inngår proformaekteskap på grunn av sine politiske overbevisninger. Etter dagens system der det ikke er noen uttrykkelig bestemmelse mot proformaekteskap ved familieinnvandring, og det er derfor vanskelig for rettssubjekter å forutberegne sin rettsstilling i forhold til dette. Hadde det fremgått uttrykkelig av loven at det er ulovlig og straffbart å inngå proformaekteskap ved familieinnvandring, hadde kanskje færre idealister og andre rettssubjekter inngått denne formen for ekteskap.

3.2.6 Krav til sikret underhold

Etter ul. § 9 første ledd annet punktum, jf. uf. § 25 jf. uf. § 19, må utlending som søker om

⁷¹ NOU 2004: 20 s.228 og Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s.186

⁷² Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s.186

arbeids- eller oppholdstillatelse etter bestemmelsene i uf. § 22-24, være sikret underhold for den tiden søknaden gjelder. Underholdskravet gjelder derfor også for ektefeller.

3.2.7 Underholdskravets betydning for proformaekteskap

Betydningen underholdskravet i forbindelse med proformaekteskap ved familieinnvandring, gjør seg særlig gjeldende ved unntak og dispensasjon fra kravet til sikret underhold. I det følgende redegjør jeg for de bestemmelser som gir grunnlag for unntak og dispensasjon fra underholdskravet etter uf. § 25 og drøfter hvilken betydning dispensasjon og unntak fra underholdskravet har for partenes muligheter til å misbruke reglene om familieinnvandring ved at de inngår proformaekteskap.

Etter uf. § 25 tredje og fjerde ledd kan det dispenseres og unntas fra kravet til sikret underhold når nærmere bestemte vilkår er oppfylt. Ved spørsmålet om dispensasjon fra underholdskravet etter uf. § 25 tredje ledd, er det for det første slik at utlendingsmyndighetene «kan» dispensere fra underholdskravet «når søkeren er ektefelle eller samboer til norsk borger bosatt i riket, jf. § 23 første ledd bokstav a og b, forutsatt at begge parter har fylt 23 år.». Praksis for å dispensere etter dette alternativet, er i følge RS-2008-028 liberal⁷³, men skal uansett ikke tolkes slik at det direkte skal dispenseres fra underholdskravet når vilkårene i bestemmelsen er oppfylt. Av rundskrivet fremgår det for eksempel at det ikke skal dispenseres fra kravet til sikret underhold «Dersom det er mistanke om at ekteskapet er inngått kun for å skaffe den ene parten oppholdsgrunnlag i Norge (proforma-ekteskap).».⁷⁴

Etter uf. § 25 tredje ledd kan det dispenseres fra kravet til sikret underhold «når andre sterke menneskelige hensyn tilsier det.», jf. uf. § 25 tredje ledd siste punktum.⁷⁵ Bestemmelsene legger opp til en skjønnsmessig vurdering, der spørsmålet om dispensasjon baseres på en «konkret og helhetlig vurdering». Ved denne vurderingen skal

⁷³ jf. kap. V B punkt.1

⁷⁴ RS-2008-028

⁷⁵ Fisknes (1994) s.123

velferdshensyn vurderes opp mot innvandringspolitiske hensyn. Ordlyden til bestemmelsen legger dessuten opp til en restriktiv tolking, noe som understøttes av forvaltningspraksis.⁷⁶ Dispensasjonsbestemmelsen i uf. § 25 tredje ledd er videre en «kan»-bestemmelse, og søker har derfor ingen rettskrav på at det dispenseres fra kravet til sikret underhold.

I motsetning til uf. § 25 tredje ledd, som etter en skjønnsmessig vurdering åpner for at det «kan» dispenseres fra kravet til sikret underhold, «skal» det etter uf. § 25 fjerde ledd gjøres unntak fra kravet til sikret underhold når vilkårene i bestemmelsens a, b eller c er oppfylt. For problemer knyttet til proformaekteskap ved familieinnvandring, er det bestemmelsene i bokstav a og b som er relevante. Etter uf. § 25 fjerde ledd bokstav a stilles det således ikke krav til sikret underhold der søker er ektefelle av en som har opphold i Norge på grunnlag av asyl, og etter bestemmelsens bokstav c gjøres det unntak fra kravet til sikret underhold når søker er ektefelle av «nordisk borger bosatt i riket de siste tre årene eller av utlending bosatt i riket med bosettingstillatelse». En forutsetning for dispensasjon fra kravet til sikret underhold etter bokstav c er at ektefellene har vært «gift i minst tre år, og at begge parter har fylt 23 år».

Tilsynelatende virker det rart at det stilles krav til sikret underhold for søkere som er ektefeller av norske borgere, mens dette ikke gjøres for søkere som er ektefeller av utenlandske borgere som har opphold i Norge med en tillatelse som danner grunnlag for familieinnvandring, og der vilkårene for å gjøre unntak fra kravet til sikret underhold etter uf. § 25 fjerde ledd bokstav a eller c er oppfylt. I følge Fisknes er det «utelukkende muligheten for å gjøre det mindre attraktivt å inngå proforma-ekteskap som er bakgrunnen for dette», da det ved mistanke om proformaekteskap ofte dreier seg om «ekteskap inngått etter utlendingens innreise i Norge med en ubemidlet norsk borger vedkommende ikke kjente på forhånd, og etter kortvarig bekjentskap.».⁷⁷

I de tilfeller der referansepersonen er utenlandsk statsborger som opphold i Norge med en

⁷⁶ RS-2008-028

⁷⁷ Fisknes (1994) s.124

tillatelse som danner grunnlag for familieinnvandring, og vilkårene for å gjøre unntak fra underholdskravet i uf. § 25 fjerde ledd bokstav a eller c er oppfylt, er det er ingen tvil om at vilkårene om at ekteskapet må ha vært «inngått før hovedpersonen reiste inn i riket», og at ektefellene må ha vært «gift i minst tre år», setter en effektiv sperre mot mulighetene til å omgå bestemmelsene om familieinnvandring ved at det inngås proformaekteskap. Problemer knyttet til proformaekteskap i forbindelse med familieinnvandring gjør seg derfor ikke gjeldende i de tilfellene der det gjøres unntak fra underholdskravet etter uf. § 25 fjerde ledd bokstav a eller c.

Uf. § 25 tredje ledd annet punktum åpner som sagt for at det kan dispenseres fra kravet til sikret underhold når søker er ektefelle av norsk borger bosatt i riket, og praksis for å dispensere fra underholdskravet for parter som går inn under dette alternativet, er liberal. I og med at praksis for dispensasjon etter uf. § 25 tredje ledd annet punktum er liberal⁷⁸, synes noe av den hensikten med at bestemmelsen skal motvirke proformaekteskap ved familieinnvandring, å falle bort. På den annen side ville det ha vært ganske urimelig dersom praksis for å dispensere etter uf. § 25 tredje ledd annet punktum hadde blitt tolket så strengt at det bare hadde blitt brukt i helt spesielle tilfeller, som en snever unntaksregel. Det kan også tenkes at en slik anvendelse av bestemmelsen hadde vært i strid med EMK art.8.

4 Beviskravet i proformasaker

4.1 Hvilke bevisregler gjelder i proformasaker?

En grunnleggende forutsetning for at ektefeller skal få rett til arbeids- eller oppholdstillatelse i familiegjenforeningsøyemed, er at det er realitet i ekteskapet mellom søkeren og referansepersonen, ul. § 9 jf. uf. § 22 første ledd jf. uf. § 23 første ledd bokstav a, sammenholdt med uttalelsene i Ot.prp.nr.46 (1986-1987) s.61 om at ekteskapet mellom

⁷⁸ RS-2008-028

partene må være reelt for at tillatelse skal kunne gis. Når utlendingsmyndighetene således mistenker et ekteskap for å være proforma, blir det satt i gang tiltak for å finne ut om ekteskapet er proforma eller ikke, blant annet ved at politiet foretar intervju av partene. Et slikt intervju av partene foretas normalt ved søknad om fornyelse av tillatelsen, og formålet med det er å «klarlegge om ekteskapet har noen realitet.»⁷⁹ Partene intervjues hver for seg, og deres forklaringer sammenlignes med hverandre ved kryssekaminasjon.

Det er et par viktige spørsmål forbundet med utlendingsmyndighetenes vurdering av om et ekteskap er proforma eller ikke. Ett av disse spørsmålene er hvem som har bevisbyrden ved vurderingen av om et ekteskap er proforma eller ikke. Et viktigere spørsmål er hvilke krav det stilles til bevisene, eller med andre ord hvor stor grad av sannsynlighet det kreves for at et ekteskap skal legges til grunn for å være proforma.

4.1.1 Bevisbyrden i proformasaker

Når utlendingsmyndighetene får mistanke om proformaekteskap i en sak om familieinnvandring, oppstår spørsmålet om hvem det er som har bevisbyrden for at ekteskapet mellom referansepersonene og søkeren er reelt eller ikke. Svaret på dette spørsmålet synes å fremgå av forarbeidene til gjeldende utlendingslov. Der er det uttalt at «Det ligger i forholdets natur at saken bevismessig er slik at oppholdstillatelse som regel må gis hvis begge parter i et ekteskap hevder at det er reelt.»⁸⁰ Det hører til sjeldenhetene at partene innrømmer at ekteskapet mellom dem er proforma, og momenter som tyder på at ekteskapet deres er proforma, prøver partene å skjule fra myndighetene eller bortforklare så godt de kan. Med utgangspunkt i uttalelsene i forarbeidene er det derfor opp til utlendingsmyndighetene å bevise at et ekteskap er proforma, når partene hevder at det er reelt.

At det er utlendingsmyndighetene som har bevisbyrden for at et ekteskap er proforma, er

⁷⁹ NOU 2004:20 s.227

⁸⁰ Ot.prp.nr.46 (1986-1987) s.61

videre slått fast av Høyesterett i Rt.2006 s.1657. Saken dreier seg om en pakistansk mann som fikk arbeidstillatelse i Norge etter at han inngikk ekteskap med en norsk kvinne i Hellas, og spørsmålet var om ekteskapet mellom partene er reelt reelt, slik at den pakistanske mannen har rett til arbeids- eller oppholdstillatelse i familiegjenforeningsøyemed med den norske kvinnen, ul. § 9 jf.uf. § 22 første ledd jf.uf. § 23 første ledd bokstav a. UDI og Utlendingsnemda avslo søknaden på grunnlag av proformaekteskap da de etter en vurdering av momentene i saken fant det tilstrekkelig bevist at ekteskapet mellom partene ikke er reelt. Tingretten og lagmannsretten kom imidlertid frem til at det ikke forelå nok bevis til å kunne konkludere med at ekteskapet mellom partene er proforma, og med en dissens på tre mot to stemmer konkluderte Høyesterett det samme som lagmannsretten.

Om hvem som har bevisbyrden i slike saker, uttaler førstvoterende at «Ved tvil skal [...] staten ha bevisbyrden.». Førstvoterende finner støtte for dette i forarbeidene til den nye utlendingsloven, der det på s.229 i NOU 2004:20 er uttalt at «sterke rimelighetsgrunner taler for at det også i søknadstilfellene bør påhvile myndighetene å sannsynliggjøre at ekteskapet er inngått proforma eller tilsvarende.». Dermed kan det legges til grunn at det er myndighetene som har bevisbyrden i proformasaker.

4.1.2 Beviskravet i proformasaker

Slik det fremgår av kapitlet ovenfor, er det utlendingsmyndighetene som har bevisbyrden ved vurderingen av om et ekteskap er proforma. Et viktig spørsmål i denne sammenhengen er hva som skal til for at utlendingsmyndighetene skal kunne legge til grunn at et ekteskap er proforma, altså hva beviskravet er for at utlendingsmyndighetene skal kunne konstatere at ekteskapet mellom partene er proforma.

I Rt.2006 s.1657, som er nevnt ovenfor, slår fire av Høyesteretts fem dommerne fast at beviskravet i proformasaker er alminnelig sannsynlighetsovervekt⁸¹, og ikke kvalifisert

⁸¹ Nordisk Domssamling 2007 Nr.02 «68. NHR Dom 2006-12-15. Rt.2006 s.1657» sitert på www.idunn.no

sannsynlighetsovervekt, slik lagmannsretten la til grunn i den samme saken og som den saksøktes forsvarer anfører skal gjelde for Høyesterett. Ved vurderingen legger førstvoterende betydelig vekt på uttalelsene i forarbeidene til den nye utlendingsloven, der det av denne fremgår at det påhviler «myndighetene å sannsynliggjøre at ekteskapet er inngått proforma»⁸². I forbindelse med det som fremgår av forarbeidene om beviskravet sier førstvoterende at det her «ikke [er] tale om noe skjerpet beviskrav.». Videre legger førstvoterende vekt på at beviskravet fremgår direkte av den nye utlendingsloven § 40 fjerde ledd, der det er bestemt at «Oppholdstillatelse kan nektes dersom det fremstår som mest sannsynlig at det hovedsakelige formålet med inngåelsen av ekteskapet har vært å etablere et grunnlag for opphold i riket for søkeren.». På bakgrunn av dette er førstvoterendes konklusjon at «det ikke kan kreves noen klar overvekt av sannsynlighet for at et ekteskap ikke er reelt.».

Dommer Lund, som utgjør mindretallet i spørsmålet om beviskravet i proformasaker, uttaler imidlertid «at det må kreves mer enn alminnelig sannsynlighetsovervekt for å konstatere at partene ikke har hatt til hensikt å inngå et reelt ekteskap.». Hans begrunnelse for dette er at «konsekvensene av en uriktig dom i ektefellenes disfavør vil normalt medføre at samlivet mellom dem vanskelig- eller umuliggjøres eller innebære en krenkelse av ektefellenes følelsesmessige tilknytning til hverandre. Det står for meg som innlysende at disse personlige konsekvensene er vesentlig verre enn konsekvensene av en uriktig dom i statens disfavør.». Med denne uttalelsen er mindretallets standpunkt til spørsmålet om beviskravet i proformasaker at, det i saker der det er snakk om et forvaltningsvedtak som av særlig inngripende karakter overfor partene, bør kunne stilles et skjerpet beviskrav.

En nyere Høyesterettsdom som synes å støtte mindretallets oppfatning i Rt. 2006 s.1657 om at det må gjelde et «skjerpet beviskrav» ved bevisvurderingen i saker der det gjøres inngrep i borgernes private rettssfære, som for eksempel ved bevisvurderingen i proformasaker, er storkammeravgjørelsen i HR-2008-1861-S. Saken dreier seg om eieren av et enkeltmannsforetak som, av overligningsnemda, var blitt ilagt 60 prosent tilleggsskatt

82 NOU 2004:20 s.229

etter ligningsloven § 10-2, sammenholdt med § 10-4, etter å ha gitt ligningsmyndighetene uriktige opplysninger om sin person- og næringsinntekt. Overligningsnemdas vedtak om tilleggsskatt ble påklaget til Tingretten, som opprettholdt overligningsnemdas vedtak. Tingrettens avgjørelse ble anket til Borgarting Lagmannsrett, som opphevet ligningen og fastsatte en ny tilleggsskatt på 30 prosent. Lagmannsrettens avgjørelse ble deretter anket til Høyesterett med den påstand at Lagmannsretten «feilaktig [har] lagt til grunn at det ikke kreves mer enn alminnelig sannsynlighetsovervekt for å fastslå at de objektive vilkårene for tilleggsskatt i ligningsloven § 10-2 første ledd, er oppfylt.». Spørsmålet for Høyesterett var således om hva som er beviskravet for ileggelse av ordinær tilleggsskatt etter ligningsloven § 10-2, sammenholdt med § 10-4. Et flertall på sju dommere konkluderte med at beviskravet for ileggelse av ordinær tilleggsskatt er klar sannsynlighetsovervekt. Et flertall på seks dommere konkluderte videre med at EMK art. 6 om uskyldspresumsjonen «inneholder krav til bevisets styrke», og at det av denne artikkelen kan utledes et krav om «klar sannsynlighetsovervekt» for forhold som anses som straff etter EMK art. 6. Selv om saken dreier seg om beviskravet for ileggelse av ordinær tilleggsskatt etter ligningsloven § 10-2, sammenholdt med § 10-4, er Høyesteretts vurderinger av beviskravet i denne dommen relevant for proformsaker i forbindelse med familieinnvandring. I det følgende skal jeg prøve forklare dette nærmere.

I HR-2008-1861-S legger førstvoterende særlig vekt på at inngrep i borgernes rettssfære i form av forvaltningsmessige sanksjoner fra myndighetene og borgernes behov for beskyttelse mot slike inngrep, kan tale for at sivilprosessens prinsipp om alminnelig sannsynlighetsovervekt fravikes, spesielt når sanksjonen har karakter av straff. Førstvoterende uttaler således at «Ved ileggelse av forvaltningssanksjoner er partenes interesser av vidt forskjellig karakter. Her står borgernes behov for å bli beskyttet mot sanksjoner på uriktig grunnlag mot det offentlige interesse i effektiv håndhevelse av forvaltningslovgivningen. Borgernes beskyttelsesbehov tilsier at det for ileggelse av slike sanksjoner stilles skrav om mer enn alminnelig sannsynlighetsovervekt.». Førstvoterende setter dermed borgernes rettigheter opp mot myndighetenes adgang til å gjøre inngrep i

disse rettighetene. Førstvoterendes uttalelser kan muligens være relevant for proformavurderingen i saker om familieinnvandring, jf. dommer Lund og mindretallet sine uttalelser i Rt.2006 s.1657. Førstvoterende snakker om beskyttelse av borgernes viktigste rettigheter, og et skjerpet beviskrav som følge av faren for sanskjoner på uriktig grunnlag mot disse rettighetene. En utlending som har arbeids- eller oppholdstillatelse i Norge etter ul.§ 9, jf. uf. § 23 første ledd bokstav a, har jo en rettighet etter loven, og denne rettigheten gjelder individets innerste, rettslige og private sfære, nemlig retten til et familieliv. Denne formen for rettighet kan derfor vanskelig forstås som noe annet enn en rettighet av den type som førstvoterende snakker om i HR-2008-1861-S, jf. sitatet ovenfor. På bakgrunn av dette kan det derfor tenkes at avgjørelsen i Rt.2006 s.1657 om beviskravet ikke er i takt med Høyesteretts gjeldende oppfatning om beskyttelse av enkeltindivider mot inngrepsavgjørelser fra myndighetenes side, jf. HR-2008-1861-S.

Det må imidlertid sies at beviskravet i proformavurderingen fremgår av den nye utlendingsloven § 40 fjerde ledd, noe som Høyesteretts flertall la vekt på i Rt.2006 s.1657. Det skal derfor en del til for at domstolene skal legge noe annet til grunn enn det som fremgår av den nye utlendingsloven. Høyesteretts oppgave er i utgangspunktet å anvende gjeldende regelverk på faktiske forhold, og all lovendring er i utgangspunktet en lovgiveroppgave. I HR-2008-1861-S gir annenvoterende nettopp uttrykk for dette i sin vurdering av beviskravet ved illeggelse av ordinær tilleggsskatt. Annenvoterende, som utgjorde en del av mindretallet, uttalte således at «Det er fremhevet av den ankende part at sterke rettssikkerhetshensyn må føre til at [...] det gjelder et kvalifisert beviskrav for å kunne anvende tilleggsskatt. Jeg kan ikke se at disse hensynene har særlig vekt [...]. Jeg viser her til at lovgiver etter nøye vurdering har funnet å burde prioritere effektivitetshensynet, jf. de generelle uttalelser fra forarbeidene som jeg tidligere har gjengitt. Etter mitt syn må det være en lovgiveroppgave eventuelt å endre den bevisregel som har vært gjort gjeldende, og er praktisert på daglig basis, i mer enn 50 år.».

På den annen side kan det tenkes at beviskravet ved proformavurderingen etter den nye utlendingsloven § 40 fjerde ledd må endres som følge av Høyesteretts avgjørelse i

HR-2008-1861-S. Årsaken til dette er at den nye utlendingsloven § 40 fjerde ledd kan komme til å oppfattes for å være i dårlig harmoni med Høyesteretts flertalls vurdering av beviskravet i HR-2008-1861-S.

Selv om avgjørelsen i Rt.2006 s.1657 er forholdsvis ny og avsagt under dissens, har den stor prejudikatsverdi når det gjelder beviskravet i proformasaker. I senere underrettsavgjørelser der spørsmålet om proformaekteskap har blitt behandlet, er det således henvist til denne avgjørelsen og lagt til grunn at beviskravet er alminnelig sannsynlighetsovervekt, jf. Blant annet LB-2006-093552 og Oslo Tingrett sin dom av 29.05.08 – Saksnr. 07-188821TVI-OTIR/06. Rt.2006 s.1657 kan dermed sies å ha avklart spørsmålet om hva som er beviskravet i proformasaker.

At det kreves alminnelig sannsynlighetsovervekt for å kunne slå fast at et ekteskap er proforma, fremgår som nevnt av Rt.2006 s.1657. Dette er i tråd med UDIs og UNEs bevisvurdering i denne saken, der de anvendte det sivilrettslige prinsippet om alminnelig sannsynlighetsovervekt ved vurderingen av om et ekteskapet manglet realitet.⁸³ I denne saken kom UDI og UNE frem til at ekteskapet mellom partene mangler realitet, og at søkeren derfor ikke har rett til arbeids- eller oppholdstillatelse. Et flertall på tre dommere i Høyesterett kom imidlertid frem «til at det i saken ikke var tilstrekkelig grunnlag for å konkludere med at ekteskapet ikke var reelt.»⁸⁴ Både UDI, UNE og Høyesterett anvendte prinsippet om alminnelig sannsynlighetspvervekt i sin vurdering, og når resultatet blir et annet i Høyesterett enn det det ble i UDI og UNE, bidrar det til å skape usikkerhet om hvor grensen skal trekkes ved vurderingen av om et ekteskap mangler realitet.

4.2 Sentrale momenter i realitetsvurderingen

Ved vurderingen av om et ekteskap er proforma, er det flere momenter som gjør seg gjeldende, og som det fremgår av drøftelsen ovenfor, er det utlendingsmyndighetene som

⁸³ Hov (2007) s.351-352

⁸⁴ Nordisk Domssamling 2007 Nr.02 «68. NHR Dom 2006-12-15. Rt.2006 s.1657» sitert på www.idunn.no

har bevisbyrden. Etter den nye utlendingsloven § 40 fjerde ledd er utgangspunktet for beviskravet at «det *hovedsakelige*⁸⁵ formålet med inngåelsen av ekteskapet har vært å etablere et grunnlag for opphold i riket for søkeren.» Etter ordlyden er bestemmelsen slik å forstå at det ikke bare i er de rene proformatilfellene at tillatelse kan nektes eller tilbakekalles, men også i de tilfellene der ekteskapet bare delvis blir inngått med hensikt å gi søkeren arbeids- eller oppholdstillatelse i Norge. Det er med andre ord ingen krav om at ekteskapet utelukkende er inngått med det formål å gi utlendingen arbeids- eller oppholdstillatelse i Norge for at forholdet skal kunne rammes av bestemmelsen; Det avgjørende er hva «hovedformålet» med inngåelsen av ekteskapet har vært. At bestemmelsen skal tolkes på denne måten, fremgår av forarbeidene til loven.⁸⁶

Hvilke momenter som kan være relevante ved vurderingen av om et ekteskap er proforma, redegjøres det for i forarbeidene til den nye loven i sammenheng med dens § 40 fjerde ledd. I NOU 2004:20 s.228 uttaler utlendingslovutvalget at «Det vil måtte utøves en betydelig grad av skjønn i den enkelte sak [...] Selv om vurderingstemaet etter bestemmelsen vil være av skjønnsmessig karakter, finnes det objektive momenter som vil være relevante ved bedømmelsen». De objektive momentene som nevnes i forarbeidene er imidlertid ikke uttømmende, og andre momenter enn de som er nevnt der kan tale for eller i mot at et ekteskap er proforma. Det er også viktig å understreke at de forhold som taler for at et ekteskap er proforma, må ses i sammenheng. Dette fremgår blant annet av førstvoterendes uttalelser i Rt.2006 s.1657, der førstvoterende ved vurderingen av de momentene som taler for at det foreligger proformaekteskap uttaler at «Separat sett vil vel ingen av disse forhold med vekt kunne forsvare det vedtak Utlendingsnemda har fattet. Men de omstendigheter jeg har pekt på, må rimeligvis vurderes i sammenheng.».

I det følgende skal jeg redegjøre for noen av de objektive momenter som fremgår av forarbeidene til den nye utlendingsloven samt andre momenter som kan tale for at et ekteskap mangler realitet.

⁸⁵ Min utheving

⁸⁶ NOU 2004:20 s.228 og Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s.190

4.2.1 Partenes kontakt med hverandre før ekteskapsinngåelsen

Graden og intensiteten av partenes kontakt med hverandre forut for ekteskapet er et moment som kan ha betydning ved vurderingen av om ekteskapet deres er proforma. Hvis partene har hatt ingen eller veldig lite kontakt med hverandre forut for ekteskapet, er dette et moment som taler for at ekteskapet er proforma. Det må imidlertid tas hensyn til variasjoner i ekteskapstradisjoner. I enkelte samfunn er det vanlig med arrangerte ekteskap, slik at det ikke uvanlig at partene gifter seg bare måneder etter at de for første gang ble introdusert for hverandre. Dette understrekes i forarbeidene til den nye utlendingsloven, der det står at «det i forbindelse med den konkrete bedømmelsen vil være nødvendig å ta hensyn til at det for medlemmene av visse nasjonalitetsgrupper kan være kulturelle årsaker til at partene for eksempel har hatt liten forutgående kontakt med hverandre eller at de har mindre kunnskaper om hverandre enn det som ellers er alminnelig å forvente.».⁸⁷

4.2.2 Partenes kunnskap om hverandre

Dette er et moment som spesielt gjør seg gjeldende i fornyelsessaker da det ved søknad om en fornyelse er slik at ektefellene har bodd sammen en stund. Når UDI får mistanke om proformaekteskap i forbindelse en søknad om fornyelse av en tillatelse, ber direktoratet politiet om å intervju partene. I et slikt intervju blir partene stilt til dels intime spørsmål som skal bidra med å kaste lys over realiteten i ekteskapet deres. Forklaringene deres blir deretter krysseksaminert av sakbehandler i UDI. Dersom det viser seg at det er store uovensstemmelser eller motstrid mellom partenes forklaringer, taler det sterkt for at ekteskapet deres ikke er reelt.

Ved søknad om første gangs tillatelse har utlendingsmyndighetene ofte ikke annet å forholde seg til enn til intervjurapporten til referansepersonen. Årsaken til dette er at de fleste norske utenriksstasjonene ikke har kapasitet til å foreta dyptgående intervjuer av søkere i forbindelse med søknad om familieinnvandring. Dermed blir det problematisk eller umulig å krysseksaminere partenes forklaringer i intervju. Dersom referansepersonen er

⁸⁷ NOU 2004:20 s.229

tidligere asylsøker, vil informasjon som fremgår av dennes asylintervju derimot kunne bidra til å kaste lys over forholdet.

4.2.3 Høy aldersforskjell mellom partene

Stor aldersforskjell mellom partene kan være en antydning på proformaekteskap. Et godt eksempel på dette er afrikanske menn i tjueårene som inngår ekteskap med norske kvinner i femti- og sekstiårene. Aldersforskjellen må imidlertid ses i sammenheng med andre momenter, for eksempel i sammenheng med hvor lenge partene kjente hverandre før de bestemte seg for å inngå ekteskap. I Rt.2006 s.1657 legger førstvoterende vekt på at den store aldersforskjellen mellom partene, en aldersforskjell på 23 år, taler for at ekteskapet mangler realitet.

4.2.4 Partene har ikke felles språk

Hvis ektefellene ikke kan kommunisere med hverandre på grunn av språklige begrensninger, er det et moment som styrker mistanken om at ekteskapet mellom partene mangler realitet. I LB-2007-52903 vurderer lagmannsretten dette momentet, der det legger vekt på at «Det bemerkes at de [ektefellene] ikke hadde felles språk, noe som begrenset deres muligheter for kommunikasjon.».

4.2.5 Ekteskapet fremstår som «atypisk»

Dersom ekteskapet mellom blir inngått i strid med de ekteskapstradisjoner som gjelder i partenes hjemland, er dette et moment som taler for at ekteskapet er proforma. Et godt eksempel på dette er når søkere fra land med islamske ekteskapstradisjoner inngår ekteskap i strid med de ekteskapstradisjoner som gjelder i hjemlandet, eksempelvis ved at et islamsk ekteskap inngås uten at de nærmeste familiemedlemmene til partene er til stede – i strid med tradisjonen. Dette er et moment som førstvoterende legger vekt på i Rt.2006 s.1657, der ektefellene – som begge var muslimer -hadde giftet seg i strid med pakistansk-islamske ekteskapsnormer. Førstvoterende, som konkluderte med at det ektekapet mangler

realitet, uttalte i sammenheng med bevisvurderingen at «Et ekteskap inngått under disse omstendigheter brøt klart med de normer som gjaldt i den kulturkrets som A kom fra. Etter det opplyste var da heller ikke hans familie særlig representert ved planleggingen og senere ved feiringen av giftermålet.». Annenvoterende, dommer Øie, som utgjorde flertallet, uttalte imidlertid «at både formål med å inngå ekteskap og former for ekteskapelig samliv kan variere sterkt. Man kan ikke uten videre trekke den slutning fra atypiske situasjoner at ekteskapet ikke er reelt i utlendingslovens forstand.».

4.2.6 Referansepersonens tidligere ekteskapelige historie

Dersom referansepersonen har hatt mange ekteskap bak seg, kan dette tale for at ekteskapet mellom partene er proforma. Dette momentet gjør seg spesielt gjeldende i de tilfeller der referansepersonen tidligere har vært gift med utlendinger som har søkt og fått tillatelse etter å ha inngått ekteskap med referansepersonen, og der hvert ekteskap har blitt oppløst like etter at søkeren ble innvilget bosettingstillatelse.

I LB-2006-093552 legger lagmannsretten vekt på referansepersonens ekteskapelige historie ved proformavurderingen. Saken gjelder overprøving av et UNE vedtak om avslag på en marokkansk statsborger sin søknad om bosettingstillatelse, da ekteskapet mellom marokkaneren og referansepersonen ble ansett for å mangle realitet. Referansepersonen hadde hatt tre korvarige ekteskap bak seg, og alle ekteskapene var inngått med personer som hadde statsborgerskap i land utenfor EØS. Lagmannsretten avgjorde saken i favør av UNE.

4.2.7 Tidligere avslag

Dersom søkeren inngår ekteskap like etter å ha fått avslag på søknad om arbeids- eller oppholdstillatelse på et annet grunnlag enn ekteskap eller like etter å ha fått avslag på søknad om asyl, er det et moment som taler sterkt for at ekteskapet er inngått proforma. Et eksempel fra rettspraksis på dette forholdet er LB-2007-52903, der lagmannsretten la til

grunn at ekteskapet mellom partene mangler realitet. I denne saken hadde en tyrkisk statsborger inngått ekteskap med en norsk statsborger ca. en måned etter at han fikk avslag på sin søknad om asyl.

5 Følgene av konstatering av proformaekteskap ved familieinnvandring

5.1 Straff etter utlendingsloven

Proformaekteskap ved familieinnvandring innebærer er som nevnt en ulovlig omgåelse av de innvandringsregulerende bestemmelsene.⁸⁸ Dersom utlendingsmyndighetene konstaterer proformaekteskap i en sak om familieinnvandring, kan partene derfor straffes. Hjemmelen for straff i slike tilfeller er utlendingsloven §47 første ledd bokstav a og b. Ul. §47 første ledd bokstav a åpner for straff mot «den som forsettlig eller uaktsomt overtrer loven her, eller forskrifter, forbud, påbud eller vilkår gitt i medhold av loven», mens bestemmelsen første ledd bokstav b åpner for straff mot «den som forsettlig eller grovt uaktsomt gir vesentlig uriktige eller åpenbart villedende opplysninger i sak etter loven.»

Når det fremmes søknad om familieinnvandring etter ul.§9 jf. uf.§22 første ledd jf. uf.§23 første ledd bokstav a, har partene plikt til å gi riktige opplysninger til utlendingsmyndighetene, jf. ul.§44 annet ledd. Plikten til å gi riktige opplysninger omfatter blant annet riktige opplysninger om ekteskapets realitet, slik at utlendingsmyndighetene kan treffe en riktig avgjørelse på grunnlag av de virkelige, faktiske omstendighetene.⁸⁹ Hvis det under behandlingen av søknaden, eller i ettertid, viser seg at ekteskapet mellom søkeren og referansepersonen er proforma og at partene har holdt dette skjult for utlendingsmyndighetene eller gitt falske opplysninger om ekteskapets realitet, vil tillatelsen kunne bli tilbakekalt.⁹⁰ Partene kan da straffes med «bøter eller med fengsel inntil seks

⁸⁸ NOU 2004:20 s.227

⁸⁹ Bunæs (2004) s.556-557

⁹⁰ Bunæs (2004) s.130

måneder eller med begge deler», jf. ul. § 47 første ledd bokstav a, jf. straffeloven §§ 26 a og 27.⁹¹

5.2 Straff etter straffeloven

Etter den tidligere fremmedloven kunne det bare gis straff etter utlendingsloven dersom «forholdet ikke går inn under en strengere straffebestemmelse».⁹² Etter gjeldende utlendingslov er det imidlertid ikke noe i veien for at ul. § 47 og andre sanksjonsbestemmelser i utlendingsloven anvendes i idealkonkurrens med straffelovens bestemmelser, jf. strl. § 62.⁹³ Parter som gir uriktige opplysninger eller holder tilbake opplysninger som er avgjørende for spørsmålet om tillatelse skal innvilges eller ikke, i dette tilfellet ved at partene omgår loven ved proformaekteskap, kan derfor i tillegg til å straffes etter ul. § 47 første ledd bokstav a eller b, straffes etter strl. § 166 jf. § 167, § 182, § 270 jf. § 271 og strl. § 333.⁹⁴ Et eksempel på at reaksjonære sanksjonsbestemmelser anvendes i realkonkurrens ved omgåelse av bestemmelsene om familieinnvandring ved proformaekteskap, er når partene angir at ekteskapet deres er reelt, når det faktisk er proforma. I dette tilfellet vil søkeren få en tillatelse som han eller hun ikke har rett til. En slik handling kan straffes etter ul. § 47 første ledd bokstav a eller b, og partene kan samtidig bli dømt etter strl. § 166 for å ha avgitt «falsk forklaring» til utlendingsmyndighetene. Det kan synes som om disse to bestemmelsene overlapper hverandre. Det skal imidlertid noe mindre til å bli dømt etter strl. § 166 da det etter ul. § 47 første ledd bokstav b er et krav om at opplysningene er «vesentlig uriktige eller åpenbart villedende». Strl. § 166 har ikke et slikt «kvalifikasjonskrav».⁹⁵ På den annen side er det krav om forsett ved overtredelse av strl. § 166, jf. strl. § 40, mens minimumskravet til subjektiv skyld etter ul. § 47 første ledd bokstav a og b er «uaktsomt» og «grovt

91 Bunæs (2004) s.557

92 Bunæs (2004) s.563

93 Bunæs (2004) s.563, jf. justisdepartementets uttalelser i Ot.prp.nr.46 (1986-1987) s.250 sp. II

94 Bunæs (2004) s.563

95 Bunæs (2004) s.564

uaktsomt».⁹⁶

5.3 Bortvisning eller utvisning fra riket

En annen følge at utlendingsmyndighetene avslører proformaekteskap ved familieinnvandring, er at partene kan bortvises eller utvises fra riket. Hjemlene for bortvisning og utvisning er fastsatt i utlendingsloven.

Når det gjelder bortvisning, skiller utlendingsloven mellom bortvisning av borgere av EØS-, EU- og EFTA-land og borgere av land som ikke omfattes av disse traktatene. Hjemmelen for bortvisning av borgere av EØS-, EU- og EFTA-land er ul. §§ 57 jf. 58, mens hjemlene for bortvisning av borgere av land som ikke omfattes av disse traktatene er ul. §§ 27, 28 og 31 og uf. §§ 118-120 og 125.⁹⁷ Ved bortvisning er det politiet eller UDI som har vedtakskompetanse, jf. ul. § 31. Et bortvisningsvedtak innebærer at utlendingen må forlate Norge. I motsetning til utvisning, er det ved et bortvisning ingenting i veien for at utlendingen på nytt kommer til Norge, forutsatt vilkårene for det er oppfylt.⁹⁸

Ved utvisning må utlendingen, på samme måte som ved bortvisning, forlate landet. Et utvisningsvedtak innebærer imidlertid også at utlendingen ikke har tillatelse til å reise inn i riket i noen år. Et utvisningsvedtak er derfor et langt mer inngripende vedtak overfor utlendingen enn et bortvisningsvedtak.⁹⁹

På samme måte som reglene om bortvisning, skiller bestemmelsene om utvisning mellom borgere av EØS, EU- og EFTA-land og borgere av land som ikke omfattes av disse traktatene. For borgere av EØS-, EU- og EFTA-land hjemmelen for utvisning ul. § 58, mens det for borgere av andre land er ul. §§ 29 og 30. Utlendingsforskriften har også regler

⁹⁶ Bunæs (2004) s.564

⁹⁷ Bunæs (2004) s.303

⁹⁸ Bunæs (2004) s.302-303

⁹⁹ Bunæs (2004) s.320

om utvisning, jf. uf. §§ 121-124 og 195-196.¹⁰⁰

Når det gjelder de gjelder vurderingen av utvisningssaker etter utlendingsloven, er det gitt retningslinjer om dette i RS-2008-007. Rundskrivet gjelder ikke for borgere av EØS-, EU- eller EFTA-land.¹⁰¹ Rundskrivet sier således at det ved de fleste brudd på utlendingslovens bestemmelser ikke er noe krav om at lovbruddet har vært til strafferettslig behandling eller at det er vedtatt forelegg for at det skal kunne åpnes utvisningssak mot utlendingen. En forutsetning for dette er imidlertid at lovbruddet er tilstrekkelig dokumentert. Ved brudd på ul. § 47 fjerde ledd må det derimot foreligge en rettskraftig dom for at utlendingen skal kunne utvises, forutsatt at utlendingen har bosettingstillatelse. Ved brudd på straffelovens bestemmelser er det også en forutsetning for utvisning at det foreligger en rettskraftig dom eller et vedtatt forelegg.¹⁰² Det er uansett slik at utlendingsmyndighetene vurderer utvisning før saken havner i domstolssystemet.¹⁰³

Spørsmålet om proformaekteskap kan føre til utvisning, er regulert i ul. § 29 første ledd bokstav a, som bestemmer at «»Utlending kan utvises når utlendingen grovt eller gjentatte ganger har overtrådt en eller flere bestemmelser i loven her eller unndrar seg gjennomføring av vedtak som innebærer at vedkommende skal forlate riket». Problemstillingen er dermed om en ulovlig omgåelse av reglene om familieinnvandring ved proformaekteskap er en «grov overtredelse» av ul. § 29 første ledd bokstav a, slik at utlendingen kan utvises.

Hva som ligger i vilkåret om at lovovertrедelsen skal være «grov», fremgår av UDIs praksis.¹⁰⁴ Proformaekteskap ved familieinnvandring innebærer som nevnt et brudd på ul. § 44 annet ledd og ul. § 47 første ledd bokstav b, siden det innebærer at partene gir utlendingsmyndighetene uriktige opplysninger om ekteskapets realitet. Uriktige

¹⁰⁰Bunæs (2004) s.321

¹⁰¹RS-2008-007 punkt 1.1

¹⁰²RS-2008-007 punkt 2.1

¹⁰³RS-2008-007 punkt 1.4

¹⁰⁴RS-2008-007 punkt 2.2.2

opplysninger om realiteten i ekteskapet i forbindelse med en sak om familieinnvandring innebærer at partene har opptrått «grovt uaktsom», jf. ul. § 47 første ledd bokstav b, og det kan legges til grunn at lovbruddet samtidig innebærer en «grov overtredelse» av ul. § 29 første ledd bokstav a. Konklusjonen er dermed at en ulovlig omgåelse av reglene om familieinnvandring ved proformaekteskap er en «grov overtredelse» av utlendingsloven, jf. ul. § 29 første ledd bokstav a, slik at utlendingen kan utvises. Vurderingen etter ul. § 29 første ledd bokstav a forutsetter imidlertid at forholdet ikke er påtalemessig avgjort. Dersom forholdet er påtalemessig avgjort, er det ul. § 29 første ledd bokstav c som åpner for utvisning. Bestemmelsen åpner også for at utlendingen kan bortvises, jf. nedenfor.¹⁰⁵

I følge RS 2008-007 kreves det dessuten at det er «årsakssammenheng mellom de opplysninger som gis og det som søkes oppnådd.»¹⁰⁶ Ved familiegjengenforening mellom ektefeller der ekteskapet er proforma, er de uriktige opplysningene om ekteskapets realitet en direkte årsak til at utlendingen får arbeids- eller oppholdstillatelse. Det er derfor ingen tvil om at vilkåret om årsakssammenheng er oppfylt i disse tilfellene.

Utlendinger som tidligere har vært straffet, kan bortvises etter ul. § 27 bokstav e, jf. ul. § 9 bokstav b eller c. En forutsetning for at utlendingen skal kunne bortvises etter denne bestemmelsen, er at forholdet har en strafferamme på «fengselsstraff i mer enn tre måneder».¹⁰⁷ Denne bestemmelsen gjør seg gjeldende i proformasaker, da proformaekteskap ved familieinnvandring innebærer en straff som overgår bestemmelsen krav til en strafferamme på «fengselsstraff i mer enn tre måneder».

5.4 Folkerettslige begrensninger ved utvisning

Etter EMK art. 8 er norske myndigheter forpliktet til å respektere «enhver» sin rett til

¹⁰⁵RS-2008-007 punkt 2.2.1

¹⁰⁶RS-2008-007 punkt 2.2.2.2

¹⁰⁷Bunæs (2004) s.308

«familieliv».¹⁰⁸ Denne retten følger for øvrig også av SP art. 17.¹⁰⁹ I det følgende forholder jeg meg imidlertid bare til EMK art. 8.

EMK art. 8 nr. 2 begrenser retten til «familieliv» etter nr. 1, da den åpner for at myndighetene skal kunne gjøre inngrep i denne retten. Bestemmelsen i EMK art. 8 nr. 2 åpner således for at norske myndigheter kan iverksette tiltak mot misbruk av bestemmelsene om familieinnvandring, blant annet ved at det fattes utvisningsvedtak etter ul. §§ 29 og 30. Om adgangen til å gjøre inngrep i retten til «familieliv» etter nr. 1 fremgår det av Fremmedlovutvalgets uttalelse i NOU 1983:47 s 193 at «Det er helt på det rene at bl a fremmedkontrollmessige krav kan stilles, og at nødvendige formalia må være oppfylt, ikke minst kontroll av personenes identitet, og av at de oppgitte familieforhold er reelle og ekte.».¹¹⁰

Det kan imidlertid hende at et utvisningsvedtak etter ul. §§ 29 og 30 havner i strid med retten til «familieliv» etter EMK art. 8, og årsaken til dette er at vilkårene for hver av bestemmelsene vurderes selvstendig.¹¹¹ Dersom det oppstår en slik konflikt, bestemmer ul. § 4 og menneskerettsloven § 3 at EMK skal gå foran utlendingsloven. Videre innebærer Presumsjonsprinsippet at man tolker norsk rett i samsvar med folkeretten.¹¹² Når det enkelte ganger likevel oppstår motstrid mellom norsk rett og Norges internasjonale forpliktelser, kan det derfor betraktes som en måte å «reparere» denne motstriden på, at EMK gis forrang.¹¹³

For at myndighetene skal kunne gjøre inngrep i retten til «familieliv» etter EMK art. 8 nr. 2, jf. nr. 1, er det flere vilkår som må være oppfylt. Myndighetene må foreta en forholdsmessighetsvurdering av om det inngrep de gjør i utlendingens «familieliv» er

¹⁰⁸Fisknes (1994) s.113, jf. NOU 1983:47 s.134

¹⁰⁹jf. norsk oversettelse av SP art.17 i Ot.prp.nr.3 (1998-1999)

¹¹⁰Fisknes (1994) s.113

¹¹¹Bunæs (2004) s.339

¹¹²Ruud og Ulfstein (2004) s.42-43

¹¹³Ruud og Ulfstein (2004) s.33-34

«nødvendig i et demokratisk samfunn [...] for å forebygge uorden eller kriminalitet». Det samme gjelder for utvisning etter ul. §§ 29 og 30, der skal det foretas en forholdsmessighetsvurdering etter førstnevnte bestemmelses annet ledd og sistnevnte bestemmelses siste tredje ledd.

5.5 Proformaekteskap og menneskehandel

Menneskehandel er definert i strl. § 224, som åpner for å straffe den som driver med menneskehandel «med fengsel inntil 5 år», jf. første ledd. «Grov menneskehandel» straffes «med fengsel inntil 10 år». Forbudet mot menneskehandel i strl. § 224 bygger på FNs konvensjon mot grenseoverskridende organisert kriminalitet, protokoll for å forebygge, nedkjempe og straffe handel med mennesker, bedre kjent som «Palermo-protokollen», jf. Protokollens artikkel 3. De vanligste tilfellene av menneskehandel er der kvinner fra fattige land blir smuglet inn i vesten og tvunget inn i prostitusjon.¹¹⁴ Forbudet mot menneskehandel er dessuten uttrykkelig regulert i ul. § 47 tredje ledd bokstav b og fjerde ledd.

Et viktig spørsmål i sammenheng med forbudet mot menneskehandel i ul. § 47 tredje ledd bokstav b, er om bestemmelsen rammer de tilfeller av proformaekteskap i familieinnvandring der dette blir inngått «mot betaling».¹¹⁵

Bestemmelsen i ul. § 47 tredje ledd bokstav a lyder: «Med bøter eller med fengsel inn inntil seks år straffes den som a) i vinnings hensikt hjelper utlending til ulovlig opphold i riket eller i annen stat som deltar i Schengensamarbeidet».

Ved denne typen proformaekteskap er forholdet vanligvis slik en norsk statsborger eller en utlending med en tillatelse som danner grunnlag for familieinnvandring, for eksempel en utlending med bosettingstillatelse, tar i mot betaling fra en utlending for å inngå proformaekteskap med utlendingen, slik at utlendingen får oppholdstillatelse i Norge.

¹¹⁴<http://www.rosa-help.no/menneskehandel.html> (lesedato 13.10.08)

¹¹⁵Bunæs (2004) s.599

Etter ordlyden av bestemmelsen å dømme, vil denne typen proformaekteskap omfattes av forbudet i ul. § 47 tredje ledd bokstav a, for det kan sies at referansepersonen «hjelper» utlendingen til å reise inn til Norge «ulovlig» ved at de inngår proformaekteskap med den hensikt å utnytte bestemmelsene familieinnvandring slik at utlendingen opparbeider seg arbeids- eller oppholdstillatelse i Norge.¹¹⁶ Dersom herboende referanse samtidig tar i mot betaling fra utlendingen for å inngå proformaekteskap med denne, er vilkåret om at den ulovlige handlingen må ha skjedd i «vinnings hensikt» oppfylt.

Situasjonen er imidlertid ikke så enkel at en uten videre kan subsumere et slikt forhold inn under ul. § 47 tredje ledd bokstav a, for i forarbeidene til loven finnes det ingen støtte for en slik anvendelse av bestemmelsen. Således uttaler Bunæs (2004) på side 599 at spørsmålet om slike forhold går inn under bestemmelsen, «er tvilsomt og uavklart. Å anvende bestemmelsen på slike forhold [...] faller temmelig klart utenfor det en har tatt sikte på med bestemmelsen.»

Domstolenes stilling er imidlertid en annen. Det finnes flere eksempler på at domstolene har subsumert slike forhold inn under bestemmelsen i ul. § 47 tredje ledd bokstav a. De avgjørelsene det er snakk om, er imidlertid bare avgjørelser avsagt av tingrettene og lagmannsrettene, og spørsmålet har så langt ikke vært redegjort for av Høyesterett.

I det følgende skal jeg redegjøre for en av de lagmannsrettsdommene som tar for seg spørsmålet om proformaekteskap mot betaling kan subsumeres inn under ul. § 47 tredje ledd bokstav a. Dommen er avsagt av Agder lagmannsrett i 01.12.05 (LA-2005-135884). Saken dreier seg om en norsk kvinne – heretter kalt referansepersonen – som inngikk proformaekteskap med en libanesisk mann med det formål å skaffe han arbeids- eller oppholdstillatelse i Norge etter de bestemmelser som gir ektefeller rett til familieinnvandring, ul. § 9 jf. u. § 22 første ledd jf. uf. §23 første ledd bokstav a. Referansepersonen ble i Kristiansand tingrett dømt for overtredelse av ul. § 47 tredje ledd bokstav a, og hun anket avgjørelsen inn for lagmannsretten for feil ved bevisbedømmelsen

¹¹⁶Bunæs (2004) s.599

under skyldspørsmålet og for straffutmålingen. Referansens forsvarer gjorde således gjeldene at hennes handling ikke rammes av ul. § 47 tredje ledd bokstav a, og at det ikke foreligger nok bevis for at retten kan konkludere med at herboende referanse hadde «vinnings hensikt».

Lagmannsretten kommer imidlertid frem til forholdet går inn under ul. § 47 tredje ledd bokstav a, og at referansepersonen kan dømmes etter denne bestemmelsen. I sin vurdering legger lagmannsretten særlig vekt på lovens ordlyd, sammenholdt med reelle hensyn. Lagmannsretten uttaler således at «Det er forenlig med lovens ordlyd å anvende bestemmelsen på et forhold som dette [...] Det er dessuten reelle hensyn som tilsier at bestemmelsen bør gis anvendelse, blant annet rent loveffektive hensyn.».

At det ikke er tatt stilling til spørsmålet i forarbeidene til loven, legger ikke lagmannsretten særlig vekt på vekt på ved avveiningen. Lagmannsretten uttaler således: «At denne type forhold ikke er nevnt i lovens forarbeider som eksempler på hva som rammes, kan ikke føre til at den ikke får anvendelse. At forholdet ikke ligger i kjerneområdet for det man i første rekke tok sikte på å ramme ved vedtakelsen av bestemmelsen, kan heller ikke føre til at den ikke kan anvendes på forholdet i saken her.

Et forhold som er av særlig interesse i denne saken, er det forholdet at lagmannsrettens dømmer referansepersonen for brudd på ul. § 47 tredje ledd bokstav a, selv om det etter rettens vurdering «ikke [er] grunnlag for å konkludere med at [referansepersonen] har oppnådd egen økonomisk vinning eller at dette var et siktemål for det hun foretok seg.» Den personen som tjente på proformaekteskapet, var referansepersonens tidligere ektefelle, som hadde arrangert proformaekteskapet mellom referansepersonen og den libanesiske mannen. Den økonomiske vinningen besto i at den libanesiske mannen jobbet for han for en «langt lavere lønn enn hva en normal arbeidslønn ville gjøre». Lagmannsretten tolker dermed vilkåret om «vinnings hensikt» ganske utvidende, slik at dette vilkåret også vil være oppfylt når andre enn den som inngår proformaekteskapet, tjener økonomisk på det.

Med basis i drøftelsen ovenfor kan det være fristende å legge til grunn at spørsmålet om proformaekteskap mot betaling rammes av ul. § 47 tredje ledd, er avklart. Spørsmålet har imidlertid ikke vært oppe hos Høyesterett ennå, og det riktige vil derfor være å holde åpent den muligheten at Høyesterett kan komme til et annet resultat enn det lagmannsretten har kommet frem til.

6 Konklusjon

I denne avhandlingen har jeg redegjort for hvordan gjeldende regelverk fungerer mot proformaekteskap ved familieinnvandring. Jeg har forklart hva proformaekteskap er, og drøftet motivene for at dette blir inngått ved familieinnvandring. Videre har jeg analysert bestemmelsene for familiegjengenforening mellom ektefeller, og drøftet hvilken virkning vilkårene i disse bestemmelsene har mot proformaekteskap. Jeg har også redegjort for realitetskravet og drøftet hvilken betydning underholdskravet har for proformaekteskap. Dessuten har jeg redegjort for beviskravet i proformasaker og konsekvensene av at det blir konstatert proformaekteskap. Drøftelsen har i stor grad bidratt til å fremheve svakheter ved gjeldende regelverk.

En svakhet ved loven er at den mangler en klar hjemmel mot proformaekteskap, noe som blant annet har ført til uklarhet om den rettslige forankringen av realitetskravet og uenighet om beviskravet og bevisvurderingen i slike saker. En annen svakhet ved loven er at alminnelig borgere uten kjennskap til lovens rekkevidde ikke kan forutberegne sin rettsstilling i forbindelse med proformaekteskap ved familieinnvandring, noe som kan føre til gjeldende regelverk får en svak preventiv virkning mot proformaekteskap.

En ytterligere svakhet ved mangelen på en konkret hjemmel mot proformaekteskap ved familieinnvandring er at denne har ført til ulik praksis i forvaltningen og utenriksstasjonene om hvor seriøst en skal ta dette problemet og spesielt til ulik praksis ved proformavurdreingen i konkrete saker. De siste årene har norske myndigheter imidlertid

vært flinke med å utvikle rutiner og instruksjoner for forvaltningen og utenriksstasjonene for å løse dette problemet, slik at samarbeidet mellom utlendingsmyndighetene har blitt mer effektivt enn tidligere. Dessuten har rettspraksis bidratt til å avklare mye av uenigheten og usikkerheten rundt beviskrave i slike saker, selv om det i tider har vært stor uenighet og inkonsekvens i forbindelse med dette. Uklarheter rundt beviskravet synes nå endelig å ha endt med Høyesterett sin prinsippavgjørelse i Rt.2006 s.1657.

En annen positiv faktor er at det sannsynligvis ikke vil oppstå problemer knyttet til beviskravet og bevisvurderingen i proformasaker når den nye utlendingsloven trer i kraft.

Oversikt over kilder

Litteratur

Bunæs, Runa, Ottesen Kvigne, Kristin og Vandvik, Bjørn (red.), Utlendingsrett, Oslo, Universitetsforlaget, 2004

Fisknes, Eli, Utlendingsloven med kommentarer, Oslo, Universitetsforlaget, 1994

Hov, Jo, Rettergang I, Sivil- og straffeprosess, studentutgave, Oslo, Papinian, 2007

Andenæs, Johannes, Alminnelig strafferett, 5. utgave ved Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn, Oslo, Universitetsforlaget, 2004

Ruud, Morten og Ulfstein, Geir, Innføring i folkerett, 2. utgave, Oslo, Universitetsforlaget, 2002

Eckhoff, Torstein og Smith, Eivind, Forvaltningsrett, 7. utgave 2. opplag ved Eivind Smith, Oslo, Universitetsforlaget, 2003

Einarsen, Terje, Utlendingsloven med kommentarer, Bergen, Fagbokforlaget, 2008

Lovforarbeider

NOU 1983:47 Ny fremmedlov

NOU 2004:20 NY utlendingslov

Ot.prp.nr.46 (1986-1987) Om utlendingers agang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)

Ot.prp.nr.3 (1998-1999) Om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

Ot.prp.nr.75 (2006-2007) Om lov om utlendingers adgang og deres opphold her (utlendingsloven)

Lover og forskrifter

1902 Almindelig borgerlig straffelov (straffeloven) av 22. mai 1902 nr. 10

1988 Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) av 24.juni 1988 nr. 64

1991 Lov om ekteskap av 4. juli 1991 nr. 47

1993 Lov om registrert partnerskap av 30. april 1993 nr. 40

1999 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr. 30

Traktater

EMK, Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, Roma, 1950

SP, Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter, De Forente Nasjoner, New York, 1966

Rundskriv og instruks

RS-1996-009 «Godkjennelse av somaliske pass»

RS-2008-007 «Utvvisning - utlendingsloven § 29 og § 30 - og grensen mot bortvisning - loven § 27, § 28 og § 30»

RS-2008-028 «Underholdskravet i saker om familiegjenforening – utlendingsforskriften §§ 25 og 33»

AI-2006-008 «Instruks for å hindre familiesameining på grunnlag av proformaekteskap

Databaser og nettsider

www.udi.no

www.udiregelverk.no

www.une.no

www.lovdata.no

www.regjeringen.no

www.idunn.no

www.rosa-help.no

Artikler

Inger Anne Olsen, «Proformaekteskap er ikke forbudt», Aftenposten Magasinet nr.36, 5.september 2008, s.23

Myhrer, Tor-Geir, «Er proformaekteskap menneskesmugling?», Tidsskrift for Strafferett, Gyldendal Akademisk, 2006, s.101

Einarsen, Terje, «Familieinnvandring, tvangsekteskap og politikk», Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål, 2005 nr. 02, s.107-121

Nettdokumenter

UDIs nettsider, «Arbeid mot proformaekteskap», 2008:

<http://www.udi.no/templates/Page.aspx?id=9221>

UDIs nettsider, «økt fokus på proformaekteskap», 2008:

<http://www.udi.no/templates/Page.aspx?id=9187>

UDIs nettsider, «Antall familieinnvandrere i 2008», 2008:

<http://www.udi.no/templates/Statistikk.aspx?id=9178>

Heidi Elisabeth Sandnes, «Uekte ekteskap?», 2004:

<http://kilden.forskningsradet.no/c17251/artikkel/vis.html?tid=24478>

Dagsavisen, «Falske ekteskap et problem», 2006:

<http://www.dagsavisen.no/innenriks/article266919.ece>

Rosa-help sine nettsider, «Hva er menneskehandel?»:

<http://www.rosa-help.no/menneskehandel.html>

Nordisk Domssamling 2007 Nr.02 «68. NHR Dom 2006-12-15. Rt.2006 s.1657»:

<http://www.idunn.no/?siteNodeId=4775086>

Rettspraksis

HR-2008-1861-S

Rt.2006 s.1657

LA-2005-135884

LB-2006-093552

LB-2007-52903

UNEvedtak-2001-10-24

Diverse

«Tall og fakta 2007», Utlendingsdirektoratet